

# **BEVISOPPTAK UTENFOR RETTSSAK –**

**Bevissikring uten varsel til motparten ved  
bevisforspillelsesfare i sivilretten**

Kandidatnummer: 527

Leveringsfrist: 25. april 2007

( \* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html> )

Til sammen 16369 ord

10.01.2008

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>PRESENTASJON AV BESTEMMELSEN</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTSKILDEBILDET</u></b>	<b><u>3</u></b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>BAKGRUNN OG BEGRUNNELSE</u></b>	<b><u>5</u></b>
3.1	Bevissikringsregelens opphav	5
3.2	Folkerettslige forpliktelser	7
3.3	Formål	8
<b><u>4</u></b>	<b><u>ANDRE LANDS RETT</u></b>	<b><u>11</u></b>
4.1	Innledning	11
4.2	Danmark	11
4.2.1	Innledning	11
4.2.2	Vilkårene for bevissikringsundersøkelse	11
4.2.3	Fremgangsmåten ved, og gjennomføringen av, en begjæring om bevissikringsundersøkelse	13
4.3	Sverige	14
4.3.1	Innledning	14
4.3.2	Vilkårene for bevissikringsundersøkelse	15
4.3.3	Fremgangsmåten ved, og gjennomføringen av, en begjæring om bevissikringsundersøkelse	16
<b><u>5</u></b>	<b><u>ANVENDELSESOMRÅDE</u></b>	<b><u>17</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>VILKÅR</u></b>	<b><u>18</u></b>
6.1	Innledning	18

<b>6.2</b>	<b>Proporsjonalitetsbegrensning?</b>	<b>19</b>
<b>6.3</b>	<b>Gjenstand for bevissikringsundersøkelse</b>	<b>21</b>
6.3.1	Hovedregel: Bevis av rettslig betydning	21
6.3.2	Unntak: Taushetsbelagte opplysninger m.m.	23
<b>6.4</b>	<b>Kravet til spesifikasjon</b>	<b>24</b>
6.4.1	Innledning	24
6.4.2	Spesifikasjonskravet på sikringsstadiet	26
6.4.3	Spesifikasjonskravet på innsynstadiet	28
<b>6.5</b>	<b>Sikringsgrunn</b>	<b>30</b>
6.5.1	Bevisforspillelsesfare	30
<b>6.6</b>	<b>Beviskrav</b>	<b>31</b>
<b>6.7</b>	<b>Andre vilkår</b>	<b>32</b>
6.7.1	Kravet til besittelse	32
6.7.2	Kravet til rettslig interesse	33
<b><u>7</u></b>	<b><u>STEDET FOR BEVISSIKRING</u></b>	<b><u>33</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Forretnings- og arbeidslokaler m.m. og private hjem</b>	<b>33</b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>HOS HVEM KAN DET FORETAS BEVISSIKRINGSUNDERSØKELSE?</u></b>	<b><u>36</u></b>
<b>8.1</b>	<b>Hos motpart og tredjemann</b>	<b>36</b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>FREMGANGSMÅTEN VED BEGJÆRING OM BEVISSIKRING</u></b>	<b><u>38</u></b>
<b>9.1</b>	<b>Kompetent myndighet</b>	<b>38</b>
<b>9.2</b>	<b>Fremsettelsen av, og innholdet i, begjæringen.</b>	<b>38</b>
<b>9.3</b>	<b>Avgjørelsen</b>	<b>39</b>
<b><u>10</u></b>	<b><u>GJENNOMFØRINGEN AV BEVISSIKRINGEN</u></b>	<b><u>39</u></b>

<b>10.1</b>	<b>Hvem utfører bevissikringsundersøkelsen?</b>	<b>39</b>
10.1.1	Innledning	39
10.1.2	Namsmannen	40
10.1.3	Sakkyndige	41
<b>10.2</b>	<b>Kan det anvendes makt?</b>	<b>41</b>
<b>10.3</b>	<b>Saksøker under bevissikringen</b>	<b>43</b>
10.3.1	Saksøkers adgang til bevisene	43
10.3.2	Saksøkers tilstedeværelse	44
<b>10.4</b>	<b>Saksøkte under bevissikringen</b>	<b>46</b>
<b>10.5</b>	<b>Utlevering og kopiering</b>	<b>46</b>
<b><u>11</u></b>	<b><u>ETTERFØLGENDE MUNTLLIG FORHANDLING</u></b>	<b><u>48</u></b>
<b><u>12</u></b>	<b><u>HÅNDTERINGEN AV BEVISSIKRET MATERIALE</u></b>	<b><u>50</u></b>
<b>12.1</b>	<b>Oppbevaring av bevismateriale</b>	<b>50</b>
<b>12.2</b>	<b>Gjennomgangen av materialet</b>	<b>52</b>
12.2.1	Innledning	52
12.2.2	Retten	52
12.2.3	Saksøktes plikter	53
12.2.4	Sakkyndige	54
<b>12.3</b>	<b>I retning av disclosure/discovery?</b>	<b>55</b>
<b><u>13</u></b>	<b><u>OPPSUMMERING</u></b>	<b><u>56</u></b>
<b><u>14</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>57</u></b>
<b>14.1</b>	<b>Lovgivning</b>	<b>57</b>
<b>14.2</b>	<b>Forarbeider</b>	<b>58</b>

<b>14.3</b>	<b>Dommer</b>	<b>59</b>
<b>14.4</b>	<b>Litteratur</b>	<b>60</b>
<b>14.5</b>	<b>Traktater</b>	<b>61</b>
<b>14.6</b>	<b>Direktiver</b>	<b>61</b>

## 1 Presentasjon av bestemmelsen

Etter Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6 (heretter tvistemålsloven eller tvml.) § 271 a kan retten etter begjæring treffe avgjørelse om at det skal holdes *bevissikring*, "*inaudita altera parte*",<sup>1</sup> ved bevisforspillelsesfare. § 271 a første ledd lyder slik:

"Dersom det er grunn til å frykte for at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres, kan retten treffe avgjørelse om at bevisopptak skal holdes før motparten varsles. Verken motparten eller allmennheten skal gjøres kjent med saken inntil bevisopptaket er holdt eller mer enn seks måneder har gått siden saken ble avsluttet. Den som har fremsatt begjæringen, bør ikke gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig, dersom det kan være viktig for motparten å hindre det. Tvangsfullbyrdelsesloven § 15–10 gjelder tilsvarende. Fristen for å begjære muntlig forhandling er to uker fra avholdelsen er meddelt." (min uth.)

Bestemmelsen ble innført ved Lov om endringer i rettergangsgivningen m.m. (organisering av den sivile rettspleie på grunnplanet) av 18. juni 2004 nr. 53. Forarbeidene til reglen er Tvistemålsutvalgets forslag i NOU 2001:32 "Rett på sak", som i det store og det hele ble fulgt opp av departementet i Ot.prp.nr. 33 (2003–2004) Om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak) og Justiskomiteen i Innst.O.nr. 66 (2003–2004) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak).

---

<sup>1</sup> Latin, betyr "uten at den annen part er hørt".

Regelen innfører et nytt institutt i norsk rett, idet den hjemler en *sivilrettslig mulighet for uvarslet bevissikring*. En slik sivil ”ransakelse” var det ikke tidligere hjemmel for.<sup>2</sup> I denne oppgaven gis det en generell redegjørelse for denne bestemmelsen.

Det er bare rent unntaksvis adgang til å treffe viktige rettslige avgjørelser uten at den annen part er hørt.<sup>3</sup> Til sikring av saksøktes interesser er det derfor inntatt bestemmelser om overprøving, erstatningsansvar for saksøker og sikkerhetsstillelse.<sup>4</sup> Reglene om erstatningsansvar for den som begjærer uvarslet bevissikring, se tvml. § 271 a andre ledd, og reglene om sikkerhetsstillelse, se tvml. § 271 a tredje ledd, vil i all hovedsak ikke bli behandlet. Reglene om overprøving, se tvml. § 271 a første ledd fjerde punktum, blir derimot behandlet.

Den nye Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90 (heretter (nye) tvisteloven eller tvl.)<sup>5</sup> § 28-3 (4) til (6) viderefører tvml. § 271 a. Bestemmelsene er nesten identiske.<sup>6</sup> De øvrige reglene for bevis og bevisopptak utenfor rettssak endres derimot noe ved innføringen av tvisteloven. I den grad den nye tvisteloven medfører endringer eller reiser andre problemstillinger i forhold til tvml. § 271 a, vil også dette bli behandlet. Forarbeidene til den nye tvisteloven er Tvistemålsutvalgets forslag i ”Rett på sak” og Ot.prp.nr. 51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

---

<sup>2</sup> Jf. Ot.prp.nr.33 (2003-2004) s. 2

<sup>3</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 989-990

<sup>4</sup> Jf. Ot.prp.nr. 33 (2003-2004) s. 5

<sup>5</sup> Loven ikrafttredelse er ventet 1. januar 2008.

<sup>6</sup> Den nye tvisteloven bruker betegnelsen ”bevissikring” i stedet for ”bevisopptak”. Noen forskjeller utover det språklige innebærer ikke dette. I tillegg er henvisningen til reglene om overprøving (etterfølgende muntlig forhandling) i tvml. § 271 a første ledd fjerde punktum og tvl. § 28-3 (4) fjerde punktum forskjellig. Dette skyldes kun at reglene er flyttet.

## 2 Rettskildebildet

Lovteksten i tvml. § 271 a gir svært liten veiledning for spørsmålet om hvordan gjennomføringen av bevissikringen skal foregå. Det henvises bare til de ”almindelige regler om bevisoptagelse utenfor hovedforhandling, saa langt de passer”, jf. tvml. § 271 første ledd. Lovforarbeidene belyser heller ikke spørsmålet om gjennomføringen. Forarbeidene til den nye tvisteloven er også svært sparsomme med opplysninger om dette. Det fremkommer kun at det er kan oppnevnes sakkyndige til å foreta bevisundersøkelser etter § 27-2 (4), jf. § 28-4 som gir reglene i kapittel 27 anvendelse så langt de passer.<sup>7</sup> Denne lovgivningsteknikken medfører at man *ikke tar stilling* til en del praktiske og prinsipielle problemer som en bevissikringsregel uten varsel og kontradiksjon for motparten reiser.

Ordningen med sivilrettslig bevissikring har et *sammensatt og fragmentarisk rettskildebilde*.

Regelen er inntatt i kapittel 20 om ”bevisoptagelse utenfor retssak”, og er et tillegg til de alminnelige reglene i dette kapittelet. Bestemmelsen må forstås på bakgrunn av det.<sup>8</sup> I tillegg må kapittel 20 igjen ses i lys av de alminnelige reglene om bevis og bevismidler.<sup>9</sup> Tvml. § 28-3 (4) til (6) er inntatt i kapittel 28 om ”bevissikring utenfor rettssak”. Også etter den nye tvisteloven må bevissikringsregelen ses i lys av kapittelet og de øvrige reglene for bevis.<sup>10</sup>

Etter tvml. § 271 a første ledd fjerde punktum kan motparten kreve etterfølgende muntlig forhandling, jf. henvisningen til Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven) 26. juni 1992 nr. 86 (heretter tvangsfullbyrdelsesloven eller tvfl.) § 15–10. Følgelig vil også denne loven være av betydning for den sivile bevissikringsregelen. Tvisteloven § 28-3 (4) fjerde punktum viser til reglene om

---

<sup>7</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 990 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 471

<sup>8</sup> Jf. Ot.prp.nr. 33 (2003-2004) s. 8 og Rt. 2006 s. 626 premiss 29.

<sup>9</sup> Jf. Ot.prp.nr. 33 s. 8.

<sup>10</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 942 og s. 988



etterfølgende muntlig forhandling i tvl. § 32–8. Dette skyldes at reglene om midlertidig sikring (arrest og midlertidig forføyning) er flyttet fra tvangsfullbyrdelsesloven til den nye tvisteloven. Tvl. § 32-8 tilsvarer tvfl. § 15–10, og skal forstås på samme måte.<sup>11</sup>

Bevissikringsordningen må kunne sies å ha *paralleller* til de straffeprosessuelle reglene om ransaking og beslag i Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22. mai 1981 nr. 25 (heretter straffeprosessloven eller strpl.) kap. 15 og 16. Kontrollmyndigheter til offentlige organer har satt tilsvarende spørsmål om bevissikring ”inaudita altera parte” på dagsorden. Dette gjelder for eksempel Konkurransetilsynets bevissikringsadgang i Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 14 (heretter konkurranse-loven eller krrl.) kap. 6. Disse lignende ordningene kan kanskje på enkelte punkter bidra med avklaringen av rettsstilstanden for den sivile bevissikringsreglen. Det må imidlertid påpekes at blant annet formålene og bakgrunnen bak reglene er ulike. Hvorvidt andre ”bevissikringsinstitutter” kan bidra med avklaring i forhold til bevissikringsreglen i tvistemålsloven og tvisteloven, er derfor usikkert.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen fra 1950 (heretter EMK), som Norge inkorporerte ved Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30 (heretter menneskerettsloven), får også betydning og vil virke som en skranke for bevissikringsreglen. EMK er ikke til hinder for at det kan foretas sivilrettslig bevissikring ”inaudita altera parte”, men bevissikringsundersøkelsen kan allikevel utgjøre et inngrep i eksempelvis retten til boligens ukrenkelighet og respekt for privatlivet etter art. 8.<sup>12</sup> Fordi bevissikringsreglen også innebærer en mulighet for undersøkelse hos en motpart uten at han er hørt, er dette et inngrep i retten til kontradiksjon etter art. 6 nr. 1.<sup>13</sup> Ved motstrid mellom EMK og tvistemålsloven eller tvisteloven, vil EMK ha forrang, jf. menneskerettsloven § 3. (Fordi

---

<sup>11</sup> Jf. Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 489

<sup>12</sup> Se eksempelvis Chappell vs. United Kingdom av 30. mars 1989, application no. 10461/83

<sup>13</sup> Se Ot.prp.nr.33 (2003-2004) s. 5

det kan kreves etterfølgende muntlig forhandling, jf. henvisningen til tvfl. § 15–10 i tvml. § 271 a første ledd fjerde punktum, antas det imidlertid at hensynet til kontradiksjon er tilstrekkelig ivare tatt.<sup>14)</sup>

I presentasjonen av bestemmelsen viste jeg til forarbeidene til bevissikringsregelen. Som antydning innledningsvis kunne disse med fordel ha behandlet spørsmål som oppstår noe grundigere.

Det er foreløpig sparsomt med rettspraksis om tvml. § 271 a. I tillegg til kjennelsen fra Høyesteretts kjæremålsutvalg inntatt i Rt. 2006 s. 146, foreligger Høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2006 s. 626. Disse vil jeg komme tilbake til senere.

### **3 Bakgrunn og begrunnelse**

#### **3.1 Bevissikringsregelens opphav**

Ordningen med sivilrettslig bevissikring ”inaudita altera parte” synes først å ha oppstått fra den engelske *Anton Piller Order*,<sup>15</sup> nå ”search order”<sup>16</sup>. Saken *Anton Piller KG vs. Manufacturing Processes Ltd* fra 1976<sup>17</sup> skapte presedens for at (advokatene til) saksøker kan gis adgang til saksøktes lokaler, bolig eller forretningssted, gjennom søke dem og sikre bevis med tanke på en fremtidig rettssak uten at motparten er hørt.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> I.c.

<sup>15</sup> Se bl.a. Karnell, Gunnar *Föregripande skydd – internationalisering av system med civilrättslig husrannsakan inaudita altera parte*, utgitt i NIR 1997 s. 315 flg. s. 319

<sup>16</sup> Jf. Hoyle, Mark S. W. ”Freezing and search orders”, 4<sup>th</sup> edition, 2006 s. 115.

<sup>17</sup> Ch 55, CA.

<sup>18</sup> Se bl.a. Ough, Richard N. and William Flenley *The Mareva injunction and Anton Piller Order, Practice and Precedents*, 2<sup>nd</sup> edition, 1993 s. 46 og Hoyle (2006) s. 115.

Saken gjaldt et engelsk selskap (Manufacturing Processes Ltd.), og et tysk selskap (Anton Piller KG), som produserte elektriske motorer og generatorer. Anton Piller KG hevdet at Manufacturing Processes Ltd. hadde samtaler med andre tyske produsenter hvor det ble overlevert hemmeligstemplett informasjon om det tyske firmaet, herunder patenter og produksjonsprosesser. For å hindre at det engelske selskapet skulle ødelegge dokumenter i deres besittelse ble det begjært bevissikring inaudita altera parte.

Ordningen har et *generelt virkeområde*, men er mest brukt ved påståtte krenkelser av immaterielle rettigheter, typisk kopibeskyttelse, patenter, varemerker, industriell spionasje og misbruk av konfidensiell informasjon.<sup>19</sup> Det er også ved immateriellrettslige krenkelser at ordningen har vist seg mest effektiv.<sup>20</sup> Bevissikringsregelen er hyppig brukt, men det er likevel skjedd en nedgang de senere årene, hovedsakelig grunnet kostnadsnivået som er forbundet med bevissikringsundersøkelsen.<sup>21</sup>

Et annet rettsområde hvor ordningen har vært noe brukt er innen familieretten, nærmere bestemt i skilsmisssaker hvor det er mistanke om at den ene ektefellen ikke oppgir reell formue. Det er imidlertid en alminnelig oppfatning om at det bør vises varsomhet med bruk av bevissikringsregelen i slike saker, og at den kun bør brukes når andre tiltak ikke blir ansett tilstrekkelige for at motparten skal gi en sannferdig redegjørelse for aktiva og passiva.<sup>22</sup>

For at begjæring om bevissikring etter denne ordningen blir tatt til følge, oppstilles *tre kumulative krav*;<sup>23</sup> Først må parten vise at han har en svært god *prima facie*<sup>24</sup> sak. Derneft må det økonomiske tapet, potensielt eller faktisk, være betraktelig. For det tredje må parten sannsynliggjøre at motparten vil forsøke å ødelegge/fjerne inkriminerende bevis i sin besittelse.

---

<sup>19</sup> Se Hoyle (2006) s. 116 og Ough og Flenley (1993) s. 47

<sup>20</sup> Se Hoyle (2006) s. 116

<sup>21</sup> Se Hoyle (2006) s. 120 og Ough og Flenley (1993) s. 54 flg.

<sup>22</sup> Se Ough og Flenley (1993) s. 47

<sup>23</sup> Jf. Anton Piller v. MP Ltd, p. 62A

<sup>24</sup> Latin, betyr ”ved første øyekast”.

Det kan nevnes at den tidligere nevnte Chappell vs. United Kingdom fra 1989 gjaldt det engelske ”search order” instituttet.

### 3.2 Folkerettslige forpliktelser

Den direkte foranledningen for innføringen av bevissikringsregelen i Norge var hensynet til å oppfylle Norges forpliktelser etter den såkalte *TRIPS-avtalen* (Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights).<sup>25</sup> TRIPS-avtalen er en del av WTO-avtalen<sup>26</sup> som Norge ratifiserte 7. desember 1994, og som trådte i kraft 1. januar 1995.

TRIPS-avtalens overordnede formål er å effektivisere global beskyttelse av immaterielle rettigheter. For å nå dette målet oppstiller TRIPS-avtalen minimumskrav til medlemslandenes vern av slike rettigheter. Dette gjøres dels gjennom materielle krav til innholdet i nasjonal lovgivning, jf. TRIPS-avtalens del II, dels gjennom krav til håndhevelse av rettighetene, jf. del III. Hvilke immaterielle rettigheter som omfattes av TRIPS-avtalen er nedfelt i del II, avsnitt 1 til 7, jf. art. 1 nr. 2. Dette er opphavsrett og beslektede rettigheter, geografiske betegnelser, patenter, varemerker, mønstre, kretsmønstre (topografier) til integrerte kretser og beskyttelse av fortrolige opplysninger.

TRIPS-avtalens artikkel 50 nr. 1 oppstiller krav til domstolene om at det skal kunne pålegges *raske og effektive midlertidige tiltak* for å forhindre krenkelse av en immateriell rettighet, og tiltak for å ivareta relevant bevismateriale i forbindelse med en angivelig krenkelse. Etter art. 50 nr. 2 skal de rettslige myndighetene, når det er hensiktsmessig, kunne treffe slike tiltak ”uten at den annen part er hørt, særlig når det er sannsynlig at en forsinkelse kan påføre rettighetshaveren uopprettelig skade eller når det er en *påviselig risiko for at bevismaterialet ødelegges*” (mine uth.).

I forbindelse med den norske ratifikasjonen av TRIPS-avtalen ble forholdet mellom avtalen og norsk rett vurdert, og man antok at avtalen bare på enkelte punkter nødvendiggjorde endringer i norsk rett. Forholdet er nærmere omtalt i St.prp.nr.65 (1993–1994) om resultatet av Uruguay-runden (1986–1993) og om samtykke til ratifikasjon av Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (WTO) m.m.

---

<sup>25</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 989-990 og Ot.prp.nr.33 (2003-2004) s. 2.

<sup>26</sup> Avtale 15. april 1994 om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (World Trade Organization).

Etter ratifikasjonen av TRIPS-avtalen oppsto det en usikkerhet om hvorvidt norske regler om bevissikring i tilstrekkelig grad ivaretok avtalens krav om midlertidige tiltak i artikkel 50. Rt. 2000 s. 1261 HRK gjaldt spørsmålet om en begjæring om bevisopptak utenfor rettssak, og et senere kjæremål i den forbindelsen, kunne tas til behandling uten forkynnelse for motparten, jf. tvml. §§ 270 andre ledd og 399 andre ledd. Bevisopptaket ble begjært på grunn av mistanke om brudd på åndsverkslovgivningen ved at motparten hadde installert ulovlig programvare. Kjæremålsutvalget kom enstemmig til at det ikke forelå en slik mulighet for behandling. Det forelå *ikke* hjemmel for å foreta ”bevisopptak uten varsel fordi man frykter at den som sitter med beviset kan komme til å ødelegge det hvis begjæringen gjøres kjent”.<sup>27</sup>

### 3.3 Formål

Det fremgår av forarbeidene at formålet med bestemmelsen er å *forhindre bevisforspillelse* og derigjennom *sikre materielt riktige avgjørelser*, jf. Ot.prp.nr. 33 (2003–2004) s. 5 og Innst.O.nr. 66 (2003-2004) i Justiskomiteens merknader i pkt. 2. Dersom det ikke er mulig å foreta en uanmeldt bevissikringsundersøkelse, kan parten risikere at motparten vil motvirke at han får hånd om bevis som han ellers etter tvistemålslovens regler om bevis er berettiget å få tilgang til. Det kan i mange tilfeller være god grunn til å frykte at motparten vil prøve å slette, ødelegge eller endre bevis dersom man ber om innsyn. Saken vil følgelig bli mindre opplyst, hvilket fører til at faren for materielt uriktige rettsavgjørelser øker. En av hovedfunksjonene til den nye tvisteloven er nettopp å sikre at den materielle retten slår igjennom.<sup>28</sup>

Reglene om prosessuell edisjonsplikt i tvml. §§ 250 første ledd og 250 nr. 2 gir en part mulighet til å kreve fremlagt bevis som motparten eller tredjemenn har i sin besittelse.

---

<sup>27</sup> Jf. s. 1264.

<sup>28</sup> Jf. Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 35. Se også NOU 2001:32 s. 454: ”Ved utformingen av rettsreglene om bevis, må man ha for øye at bevisreglene generelt må fremme materielt riktige avgjørelser.”

Disse reglene avhenger av at det verserer en rettssak. Bevissikringsreglen i § 271 a er ikke avhengig av at det verserer en rettssak. På denne måten åpner sikringsinstituttet for en mulighet til å skaffe bevis som kan bidra med å klarlegge ens rettslige posisjon. Dette kan kalles *bevistilgang*.<sup>29</sup> Regler om bevistilgang kan være med på å redusere risikoen for at en part kan bli stilt i en vanskelig situasjon, enten hvor det kan være grunnlag for å fremme et krav, eller for å godta et krav som rettes mot han. Parten ”kan bli stilt ovenfor valget mellom å reise sak eller ta til motmæle i saken på et uholdbart faktisk grunnlag eller avstå fra å reise sak eller ta til motmæle hvor faktiske forhold han ikke kjenner, tilsier noe annet.”<sup>30</sup> Her må det imidlertid bemerkes at § 271 a blant annet oppstiller et krav om bevisforspillelsesfare, se nedenfor under pkt. 6.5. Dette betyr blant annet at en parts ønske om bevistilgang alene ikke er nok for å få rettens medhold i en begjæring om bevissikring ”*inaudita altera parte*”.

Den nye tvisteloven har som et hovedmål å løse tvister før saken kommer til rettssak, gjennom å bedre legge til rette for *løsninger gjennom forhandlinger*.<sup>31</sup> Manglende regler for bevistilgang kan føre til at partene ikke forsøker å oppnå minnelige løsninger gjennom forhandlinger, eller at forhandlingene er preget av at partene ikke har kjennskap til hva som burde være en viktig faktisk premiss for avtalen som inngås.<sup>32</sup> Det kan derfor være viktig å sikre beviset så tidlig som mulig. Bevissikringsreglen kan derfor bidra til å oppnå dette målet.

For en sivil bevissikringsregel ”*inaudita altera parte*” kan det også anføres at de straffeprosessuelle ransakelsesreglene i Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) 22. mai nr. 25 1981 (strpl.) kap. 15, ikke i tilstrekkelig grad ivaretar *en parts* behov for bevissikring. Formålet bak de straffeprosessuelle reglene om ransakelse er å fremskaffe bevis for en straffesak, ikke en sivilsak. I tillegg kan manglende ressurser

---

<sup>29</sup> Se NOU 2001:32 s. 987

<sup>30</sup> Ibid. s. 987-988

<sup>31</sup> Ibid. s. 988 og Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 470

<sup>32</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 988

hos myndighetene medføre at en part ikke oppnår bistand fra politiet til bevissikring, selv om det kan være god grunn til å tro at motparten eksempelvis kommer til å ødelegge relevant bevismateriale.

Slik begrunnes ordningen også både i Danmark og Sverige. Et eksempel på at det ikke alltid går an å få hjelp av myndighetene er saken for Høyesterett inntatt i Rt. 2006 s. 626. Før det ble tatt ut begjæring om bevissikring etter tvml. § 271a, ble det forsøkt å få politiet til å foreta bevissikringen.

*Hensynet til å oppfylle Norges forpliktelser etter TRIPS-avtalen* taler også for bevissikringsregelen.

Mot en sivilrettslig bevissikringsregel uten varsel til motparten, taler en eventuell *misbruksfare*. Det kan tenkes at en part benytter seg av ordningen for å prøve å avdekke forretningshemmeligheter m.m., eller forsøke å hindre eller trakassere motparten. Ordningen kan ved feil anvendelse, "become an instrument of oppression".<sup>33</sup> En uvarslet bevissikringsundersøkelse kan være et hardt virkemiddel. Motparten kan føle seg krenket og maktesløs, i verste fall kan undersøkelsen virke ødeleggende på hans gode navn og rykte.

I punkt 2 pekte jeg på de skrankene som EMK oppstiller. Fordi den sivile bevissikringsundersøkelsen kan medføre inngrep i fundamentale rettigheter for borgerne, kan også *meneskerettighetshensyn* tale mot ordningen.

---

<sup>33</sup> Jf. Brightman, Per J., dissenterende dommer i Anton Piller saken, [1976] Ch 55 s. 60.

## 4 Andre lands rett

### 4.1 Innledning

I dette kapitlet redegjør jeg kort for den tilsvarende sivile bevissikringsregelen i Danmark og Sverige. Ordningene har mange fellestrekk med den norske, men på en del punkter blir motstridende hensyn vurdert og vektlagt forskjellig. Det er interessant å se hva disse forskjellene består i. I tillegg har man i Danmark og Sverige tatt stilling til en del spørsmål som Norge ikke har vurdert. Den danske og svenske bevissikringsregelen kan muligens på enkelte punkter belyse den norske regelen.

### 4.2 Danmark

#### 4.2.1 Innledning

På bakgrunn av Betænkning nr. 1385 (2000) ”Bevissikring ved krænkelser af immaterialrettigheder m.v.” ble det i retsplejeloven av 28. mars 2001 nr. 216 (heretter retsplejeloven), innført et nytt kapittel 57a om bevissikring av immaterielle rettigheter. Lovendringene trådte i kraft 1. april 2001. Innføringen av ordningen var delvis begrunnet i et behov for en rettighetshaver til å kunne foreta uanmeldt og tvangsmessig bevissikringsundersøkelse hos en motpart, delvis å avskjære enhver tvil om at Danmark oppfylte TRIPS-avtalens krav til bevisopptak utenfor rettssak.<sup>34</sup> Bevissikringsreglene gjelder kun på det immaterielle området, og har derfor et *begrenset virkeområde*.

#### 4.2.2 Vilkårene for bevissikringsundersøkelse

Ved innføringen av ordningen omfattet adgangen til bevissikringsundersøkelse i utgangspunktet *alt materiale* som kunne antas å være av betydning for å konstatere om, og i hvilket omfang, krenkelser eller overtredelser hadde funnet sted, med unntak av adgangen til å undersøke produksjonsprosesser, maskiner og annet produksjonsutstyr som ikke var bestemt for salg. Unntaket var begrunnet i faren for å avsløre bedrifts- eller

---

<sup>34</sup> jf. Betænkning nr. 1385 (2000) s. 47 flg.



forretningshemmeligheter.<sup>35</sup> Ved lov av 5. mars 2006 nr. 279 ble unntaket fjernet grunnet behovet for gjennomføringen av EUs direktiv 2004/48/EF av 29. april 2004 om håndhevelsen av immaterielle rettigheter, se rettsplejeloven § 653 Stk. 3. Det oppstilles *unntak for taushetsbelagte opplysninger* m.m., se rettsplejeloven § 653 Stk. 5.

Det kan foretas bevissikringsundersøkelse ”hos den pågældende”, jf. rettsplejeloven § 653 Stk 1. Dette skal forstås slik at både motpartens *arbeids/forretningssted og privat bolig* er undergitt reglene. Det avgjørende er at den formodede krenker *disponerer* over objektet, - eierforholdene er uten betydning.<sup>36</sup> Dette betyr for eksempel at leide dataservere, leide lokaler og lignende som motparten disponerer over, kan undersøkes.

Beviskravet som oppstilles er *sannsynliggjøring*. Kravet referer seg til både faktiske og rettlige forhold. Dette innebærer at det må sannsynliggjøres at a) motparten har foretatt seg de handlinger som påberopes av parten, b) at disse handlingene utgjør en krenkelse av partens rettigheter, og c) at parten har rett til å påberope seg disse krenkelsene, se rettsplejeloven § 653 Stk. 1. Det er ikke krav om at krenkelsen må medføre straffe- eller erstatningsansvar. Bevissikringsregelen omfatter således enhver krenkelse i objektiv forstand.<sup>37</sup> For å kunne foreta *uanmeldt* bevissikringsundersøkelse kreves i tillegg at det må *antas å medføre risiko* for at motparten kan fjerne, tilintetgjøre eller endre bevis, se rettsplejeloven § 653 a Stk. 2

Ved innføringen av ordningen vurderte utredningsutvalget hensynet til integritet så tungt, at undersøkelser i private hjem bare kunne foretas når det var sannsynliggjort at krenkelsen var utført i ervervsvirksomhet eller for øvrig i betydelig omfang.<sup>38</sup> Også disse tilleggskravene ble ved lov av 5. mars 2006 nr. 279 fjernet grunnet behovet for å gjennomføre direktiv 2004/48/EF av 29. april 2004.

---

<sup>35</sup> Ibid. s. 61

<sup>36</sup> Ibid. s. 63

<sup>37</sup> Ibid. s. 65

<sup>38</sup> Ibid. s. 63

Det finnes *ikke* hjemmel i bevissikringsreglene for undersøkelse hos *tredjemenn*.

Utredningsutvalget mente en slik adgang ville være for vidtgående og at integritetshensyn måtte veie tyngre enn behovet for en mulighet til undersøkelse hos tredjemenn.<sup>39</sup>

Det oppstilles også et krav til *proporsjonalitet*. Det kan ikke foretas bevissikringsundersøkelse dersom det under hensyn til privatlivets fred, forretningshemmeligheter eller for øvrig må antas, at undersøkelsen vil påføre motparten skade eller ulempe som står i misforhold til partens interesse i undersøkelsens gjennomførelse, se retsplejeloven 653 Stk. 4.

#### 4.2.3 Fremgangsmåten ved, og gjennomføringen av, en begjæring om bevissikringsundersøkelse

En bevissikringsundersøkelse begjæres i den rettskrets motparten har hjemting, eller der gjenstanden eller lokalene befinner seg, se retsplejeloven § 653 a Stk. 1. Begjæringen må inneholde en tilstrekkelig presis angivelse av den eller de rettigheter som påberopes, og av de krenkende handlingene. Videre må det oppgis hvilke lokaler som begjæres undersøkt. Begjæringen må også inneholde en angivelse av materialet som ønskes sikret, i den grad en slik presisering er mulig.<sup>40</sup> Endelig må parten vise at betingelsene for å foreta uanmeldt undersøkelse er tilstede, se retsplejeloven § 653 a Stk. 1 andre punktum.

Selv om motparten ikke har fått anledning til å uttale seg om forretningen for retten, er hovedregelen at motparten skal ha anledning til å uttale seg før bevissikringsundersøkelsen *iverksettes*, se retsplejeloven § 653 a Stk. 3. Dersom ikke motparten, eller andre som kan ivareta dennes interesser, er å treffe på bevissikringsstedet skal undersøkelsen utsettes såfremt det ikke foreligger særlige omstendigheter, se retsplejeloven § 653 a Stk. 4. I tillegg har motparten, eller andre som ivaretar dennes interesser, rett til å tilkalle advokat før bevissikringen iverksettes. Benyttes denne retten, skal bevissikringsundersøkelsen

---

<sup>39</sup> Ibid. s. 64

<sup>40</sup> Ibid. s. 68-70

utsettes til advokaten ankommer stedet, såfremt ikke det vil medføre risiko for bevisforspillelse eller fare for unødige forsinkelse, se retsplejeloven § 653 a Stk. 5.

En bevissikringsundersøkelse kan gå ut på både *kopiering og beslaglegging*, se retsplejeloven § 653 b Stk. 1. Det bør imidlertid bemerkes at proporsjonalitetskravet lett kan føre til at beslagleggingsadgangen er avskåret. For eksempel er det antatt at beslaglegging av gjenstander eller dokumenter i alminnelighet ikke bør skje dersom det kan legge hindringer i veien for en ellers lovlig virksomhetsutøvelse eller annen lovlig anvendelse.<sup>41</sup>

Saksøker har som hovedregel rett til å være tilstede under utførelsen for å bistå med opplysninger, identifikasjon av produkter og lignende, se retsplejeloven § 653 b Stk. 3. Saksøker har derimot ikke anledning til å foreta selvstendige undersøkelser uten samtykke.<sup>42</sup> Utlevering av bevissikret materiale til parten skjer som hovedregel ikke før utfallet av et eventuelt kjæremål vedrørende selve avgjørelsen om undersøkelsen.

## 4.3 Sverige

### 4.3.1 Innledning

På bakgrunn av proposisjon 1998/99:11 ”Ny skyddåtgärd vid immaterialrättsintrång” ble det 1. januar 1999 innført sivilrettslige regler om bevissikring ved immaterielle krenkelser. Bakgrunnen for reglene var dels et reformbehov, dels å avskjære tvil om hvorvidt Sverige oppfylte TRIPS-avtalens krav til bevissikring.<sup>43</sup> De svenske reglene bygger i stor grad på TRIPS-avtalens artikkel 50, og er gjennomført ved tilføyelser i immateriellrettslige lover. I likhet med Danmark er reglenes virkeområde begrenset til immaterielle krenkelser.

---

<sup>41</sup> Ibid. s. 72-73.

<sup>42</sup> Ibid. s. 74-75.

<sup>43</sup> Se Prop. 1998/99:11 s. 44 flg.

Det svenske utredningsutvalget vurderte om også andre rettsområder burde omfattes av den sivile bevissikringsreglen. Etter en helhetsvurdering kom utvalget til at integritetsaspekter burde veie tyngre, og at det måtte utvises varsomhet med å innføre nye regler som ikke har motsats i den sivile rettspleien for øvrig.<sup>44</sup>

#### 4.3.2 Vilåårene for bevissikringsundersøkelse

*Gjenstanden* for bevissikringsundersøkelse er "föremål eller handlingar", se for eksempel Lag om upphovsrätt til litterära och konstnärlige verk (1960:729) (heretter opphovsrättlagen) § 56 a. Dette innebærer at det må avgrenses mot produksjonsprosesser, maskiner og annet produksjonsutstyr ("faktiske omständigheter").<sup>45</sup> Begrunnelsen for unntaket er i likhet med Danmark faren for å avsløre bedriftshemmeligheter. Det antas imidlertid at det er adgang til å undersøke relevante tekniske tegninger og dokumenter som beskriver produksjonsprosessen. I tillegg oppstilles unntak for taushetsbelagte opplysninger, jf. eksempelvis opphovsrättlagen § 56 f andre ledd.

En begjæring om bevissikringsundersøkelse kan begjæres av opphavsmannen, opphavsmannens rettsinnehavere eller den/de som har rett til å utnytte verket, se eksempelvis opphovsrättlagen § 56 b andre ledd.

Det er adgang til å foreta bevissikringsundersøkelse både i *privat bolig og på forrentnings- eller arbeidssted*. Ved bevissikringsundersøkelse i private hjem må imidlertid integritetshensyn veie særskilt tungt ved den interesseavveiningen som alltid skal foretas,<sup>46</sup> se nedenfor om proporsjonalitetskravet.

I likhet med den danske lovgivningen oppstilles beviskrav. Kravet er imidlertid ikke like strengt, det er nok at det *med rimelighet kan antas*, se eksempelvis opphovsrättlagen § 56 a "skäligen kan antas". For å kunne foreta uanmeldt bevissikringsundersøkelse kreves i

---

<sup>44</sup> Ibid. s. 50-51.

<sup>45</sup> Ibid. s. 52 flg.

<sup>46</sup> Ibid. s. 57

tillegg at det foreligger *risiko* for at motparten vil forspille bevis, se eksempelvis upphovsrättlagen § 56 b.

Det er *ikke* mulighet for bevissikringsundersøkelse hos *tredjemenn*. Man mente at en slik adgang ville bli for vidtgående og at en mulighet til undersøkelse hos tredjemenn måtte vike for integritetshensyn.<sup>47</sup>

Det oppstilles også et krav om *proporsjonalitet*, se eksempelvis upphovsrättlagen § 56 a andre ledd.

#### 4.3.3 Fremgangsmåten ved, og gjennomføringen av, en begjæring om bevissikringsundersøkelse

En bevissikringsundersøkelse skal begjæres i rettskretsen den påståtte krenkelsen pågår, se eksempelvis upphovsrättlagen § 56 b første ledd. En beslutning om bevissikringsundersøkelse skal inneholde formålet med undersøkelsen, hva som begjæres undersøkt samt hvor det ønskes foretatt en undersøkelse. I tillegg har retten en skjønnsmessig adgang til å oppstille andre vilkår, se eksempelvis upphovsrättlagen § 56 d.

I likhet med den danske lovgivningen, skal motparten som hovedregel ha mulighet til å uttale seg om en eventuell bevissikringsundersøkelse. Dette gjelder ikke når det er fare for unndragelse, ødelegging og endring, se eksempelvis upphovsrättlagen § 56 b tredje ledd. Når motparten på forhånd ikke har fått anledning til å ytre seg, har denne rett til å tilkalle juridisk bistand. I avvente av at slik bistand ankommer bevissikringsstedet, skal undersøkelsen utsettes. Dette gjelder imidlertid ikke når det er fare for unødvendig forsinkelse eller risiko for bevisforspillelse, se eksempelvis upphovsrättlagen § 56 g.

En bevissikringsundersøkelse kan kun gå ut på kopiering, fotografering, filming og lydopptak, se eksempelvis upphovsrättlagen § 56 f første ledd. Det foreligger altså *ikke*

---

<sup>47</sup> Ibid. s. 57

adgang til *beslaglegging*, verken av gjenstander eller dokumenter. Man mente en slik adgang ville være for vidtrekkende, og at risikoen for å påføre motparten skade ville være for stor.<sup>48</sup>

Den som begjærer bevisopptak, eller dennes representant, har som hovedregel rett til å være til stede under utførelsen av bevissikringen for å bistå med opplysninger og råd, se eksempelvis upphovsrättlagen § 56 g tredje ledd. Det skal imidlertid utvises varsomhet, især ved fare for avsløring av bedriftshemmeligheter.<sup>49</sup> Under enhver omstendighet har parten ikke rett til å foreta selvstendige undersøkelser og skal ikke på annen måte gis innflytelse over gjennomføringen av bevissikringen.<sup>50</sup>

De kopier, fotografier, film- og lydopptak som sikres gjennom undersøkelsen, skal forvares hos myndighetene og holdes tilgjengelig for begge parter uten begrensninger, se eksempelvis upphovsrättlagen § 56 h første ledd.

## 5 Anvendelsesområde

Etter en vanlig språklig fortolkning av tvml. § 271 a kan det foretas bevissikring *i alle typer saker*, så lenge vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Det følger av Ot.prp.nr.33 (2003–2004) s. 7 at det bør det være ”en generell adgang til bevisopptak utenfor rettssak uten varsel til motparten der det er grunn til å frykte at varsel vil kunne hindre at beviset sikres”.<sup>51</sup> Det er altså neppe tvil om at bevissikringsreglen har et generelt virkeområde. Det samme gjelder bevissikringsreglen i den nye tvisteloven.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Ibid. s. 78

<sup>49</sup> Ibid. s. 74

<sup>50</sup> I.e.

<sup>51</sup> Det samme følger av Rt. 2006 s. 626 premiss 30: Det er ”på det rene at bestemmelsen [§ 271a] gir en generell adgang til bevisopptak utenfor rettssak uten varsel til motparten hvis vilkårene er oppfylt”.

<sup>52</sup> Se NOU 2001:32 s. 987

Under pkt 3.2 ble det redegjort for den direkte foranledningen til innføringen av bevissikringsreglen; Norge er etter TRIPS-avtalen art. 50 forpliktet å stille til rådighet bevissikringsregler ”inaudita altera parte” ved krenkelser av immaterielle rettigheter i den sivile rettspleien. Etter TRIPS-avtalens art. 1 nr. 1 andre setning fremgår det at medlemslandene kan, men ikke er forpliktet til å, gå lengre enn TRIPS-avtalens krav. Ved innføringen av ordningen i norsk rett mente man imidlertid at behovet for bevissikring uten varsel til motparten reelt sett kan være vel så stort i andre tilfeller enn immaterielle rettighetsbrudd.<sup>53</sup> I tillegg ville særregler som verner immaterielle rettigheter fremstå som en dårlig begrunnet særbeskyttelse av en spesiell kategori rettigheter, samt at man dessuten unngår vanskelige avgrensningsspørsmål dersom ordningen gis generell anvendelse.<sup>54</sup>

Her er det altså en avvikende løsning fra Danmark og Sverige.

## 6 Vilkår

### 6.1 Innledning

Hovedregelen ved bevisopptak utenfor rettssak er at før ”bevisopptagelse tillates, skal motparten høres”, jf. tvml. § 270 annet ledd. Bevissikringsregelen ”inaudita altera parte” må derfor ses på som en *unntaksregel*.<sup>55</sup>

Selv om bakgrunnen bak reglene i tvml. kapittel 20 om bevisopptak utenfor rettssak er å sikre bevis med tanke på en fremtidig rettssak<sup>56</sup>, oppstilles *ikke krav om* at beviset skal brukes til et *bestemt formål*. Det er tilstrekkelig at vilkårene er oppfylt. På dette punktet

---

<sup>53</sup> Jf. Ot.prp.nr. 33 (2003-2004) s. 5

<sup>54</sup> I.c.

<sup>55</sup> Se også NOU 2001:32 s. 989: ”Det er bare rent unntaksvis adgang til å treffe viktige rettslige avgjørelser uten at den annen part er hørt”. (Uttalelsen referer seg til ordninger ”inaudita altera parte” generelt.)

<sup>56</sup> Se Ot.prp.nr.33 (2003-2004) s. 2 og Schei (1998) s. 795

skiller instituttet seg fra de straffeprosessuelle reglene om ransaking og beslag, og bevissikringsordningen i konkurranseloven.

## 6.2 Proporsjonalitetsbegrensning?

Tvml. § 271 a, eller andre regler i kapittel 20, oppstiller ikke uttrykkelig et krav til *proporsjonalitet (eller forholdsmessighet)*. Heller ikke de øvrige reglene i tvml. oppstiller et slikt krav, selv om enkelte bestemmelser kan ses på som et utsalg av prinsippet. Heller ikke forarbeidene til tvml. § 271 a tar opp spørsmålet. En tolkning av ordlyden til § 271 a viser at bestemmelsen imidlertid ikke stenger for en slik begrensning, jf. ”retten *kan* treffe avgjørelse om at bevisopptak skal holdes...” (min uth.).

At det må oppstilles et krav om forholdsmessighet etter bevissikringsregelen i tvl. § 28-3 (4) er på det rene. Det følger av forarbeidene at fordi kapittel 28 om bevissikring utenfor rettsak må ses i lys av, og med de begrensninger som følger av, de alminnelige reglene om bevis i kapittel 24 og reglene for de enkelte bevismidler, ”innebærer [dette] blant annet at de alminnelige og spesielle *proporsjonalitetsreglene* [i § 21-8 og § 26-5 (3)] får anvendelse og etter omstendighetene *vil kunne hindre krav om bevissikring*” (mine uth.).<sup>57</sup> Etter tvl. § 21-8 skal det være ”et rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen”, og etter § 26-5 (3) kan retten nekte bevistilgang hvis det vil ”medføre kostnader som ikke står i rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset...”. Og etter lovens formålsbestemmelse § 1-1 (2) fjerde strekpunkt skal ”saksbehandlingen og kostnadene stå i et rimelig forhold til sakens betydning”.

Det er neppe tvil om at et slikt proporsjonalitetskrav er nytt i sivilprosessen. I Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 50 uttales det at forholdsmessighetsbegrensningen er et ”sentralt punkt i den nye tvisteloven. Praktiseringen av prinsippet vil i stor grad være avgjørende for om den nye loven vil innebære det kulturskiftet som lovforslaget tar sikte på”.

---

<sup>57</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 988



Det kan imidlertid spørres om det ikke må oppstilles en proporsjonalitetsbegrensning som rekker lengre enn det som følger av tvistelovens regler, slik det på forvaltningsrettens område gjelder et *ulovfestet prinsipp om proporsjonalitet (eller forholdsmessighet)*. Dette prinsippet går ut på at jo mer alvorlig og belastende et inngrep er, jo mer tungtveiende må de hensyn som begrunner inngrepet være.

Et viktig argument for at det må innfortolkes et slikt krav til forholdsmessighet er EMK. Jeg har tidligere i punkt 2 vært inne på hvorledes en sivilrettslig ransakelsesregel blant annet kan være et inngrep i retten til boligens ukrenkelighet og respekt for privatlivet etter art. 8.<sup>58</sup> Avgjørende for hvorvidt det foreligger en krenkelse av artikkel 8 vil i det enkelte tilfellet kunne være om inngrepet kan betegnes som nødvendig etter en forholdsmessighetsavveining mellom på den ene side hensynet til den inngrepet går ut over, og på den andre siden hensynet til beskyttelsen av tredjemanns interesser, jf. artikkel 8 (2). I den konkrete vurderingen av om inngrepet er proporsjonalt, legger Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD) blant annet vekt på karakteren og alvoret av det som begrunner inngrepet, måten beslutningen om bruk av virkemiddelet ble truffet på, innholdet og omfanget av beslutningen, karakteren av bevissikringsstedet (forretningssted eller privat hjem) og eventuelle følger for motpartens omdømme.<sup>59</sup> Siden EMK vil ha forrang fremfor tvisteloven og tvistemålsloven, jf. menneskerettsloven § 3 jf. § 2, taler dette for at en tilsvarende begrensning bør gjelde for den sivile bevissikringsregelen.

Et annet viktig argument i samme retning er forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas etter straffeprosesslovens § 170 a ved bruk av tvangsmidler. Etter bestemmelsens annet punktum skal tvangsmiddelet, eksempelvis ransaking, ”ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep”.

Bevissikringsregelen har som tidligere påpekt klare fellestrekk med straffeprosessuelle tvangsmidler, særlig reglene om ransakelse og beslag; det er et dramatisk og inngripende

---

<sup>58</sup> Jf. eksempelvis Chappell v. United Kingdom

<sup>59</sup> Se for eksempel Buck vs. Germany av 28. mars 2005, application no. 41604/98 § 45 (med flere henvisninger).

virkemiddel.<sup>60</sup> Dette taler for at samme prinsipp bør gjelde etter den sivile bevissikringsreglen. Det kan nevnes at det anses å være de samme vurderinger som skal foretas etter EMKs forholdsmessighetsprinsipp som etter det norske i strpl. § 170 a.<sup>61</sup>

Som et ytterligere argument for dette synet kan reglene om arrest og midlertidig forføyning i tvangsfullbyrdelsesloven nevnes. Tvfl. § 15-2 (2) oppstiller en lignende proporsjonalitetsbegrensning for midlertidige forføyninger etter tvfl. kap 15. Det er ikke oppstilt en tilsvarende begrensning ved arrest for gods. ”Men det er lett å tenke seg at også en arrest vil kunne være et uforholdsmessig inngrep, alle forhold tatt i betraktning”, jf. Hov, Jo Rettergang III (2000) s. 402. Dette synet kan tas til inntekt for selv om det ikke uttrykkelig er hjemlet en proporsjonalitetsbegrensning ved arrest for gods, må det allikevel foretas en slik vurdering.

I tillegg har både Danmark og Sverige innført en forholdsmessighetsbegrensning i deres sivile bevissikringsregel lik den strpl. § 170 a oppstiller.

Etter dette må det legges til grunn at det ulovfestede proporsjonalitetsprinsippet om at jo mer alvorlig og belastende et inngrep er, jo mer tungtveiende må de hensyn som begrunner inngrepet være, også gjelder for den sivile bevissikringsregelen.

### 6.3 Gjenstand for bevissikringsundersøkelse

#### 6.3.1 Hovedregel: Bevis av rettslig betydning

Etter tvml. § 271 a første ledd første punktum er det ”beviset” som kan være gjenstand for bevissikringsundersøkelse. Etter en naturlig språklig forståelse er uttrykket ”beviset” vidt,

---

<sup>60</sup> Slik også Ryssdal, Anders ”Konkurransesprosessen” JV 2003/03 s. 187 flg s. 189 om bevissikring etter konkurranseloven.

<sup>61</sup> Jf. Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v) s. 20-21

og kan være av både faktisk og rettslig betydning. Bestemmelsen for øvrig presiserer ikke nærmere av hva som kan være gjenstand for bevis. Det følger imidlertid av hovedreglen i tvml. § 267 første ledd, at det kan foretas bevisopptak utenfor rettssak når det er grunn til å frykte for at ”bevis for kjendsgjerninger av retslig betydning” vil gå tapt eller bli særlig vanskelig å føre. Gjenstanden for bevissikringsundersøkelse når det er grunn til å frykte for at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres etter § 271a, er følgelig ”bevis for kjendsgjerninger av retslig betydning”.<sup>62</sup> Kravet om at beviset må være av ”retslig betydning”, innebærer at det *etter sin art* må kunne utgjøre bevis i en etterfølgende rettssak.<sup>63</sup> Etter reglene om den prosessuelle fremleggesplikten i tvml. §§ 250 første ledd og 251 nr. 2 må det avgrenses mot bevis retten etter tvml. § 189 kan nekte tilveiebrakt eller ført.<sup>64</sup> Det samme må gjelde for bevissikringsreglen i § 271 a.

Formene for bevis som kan kreves opptatt etter tvistemålsloven er partsforklaringer, vitnebevis, sakkyndigbevis, reelle bevis og dokumentbevis, se tvml. §§ 111 flg. og §§ 199 flg. Bevissikringsregelen i tvml § 271 a gjelder situasjoner ved bevisforspillelsesfare. De aktuelle bevisformer må derfor være *dokumentbevis*, se tvml. kapittel 19, og *reelle bevis*, se tvml. kapittel 17. Dette harmoniserer også med reglene for den prosessuelle edisjonsplikten i tvml. §§ 250 første ledd og 251 nr. 2 jf. § 237.

Dokumentbevis er skriftlig eller annet materiale som kan tjene som bevis på grunn av budskapet det formidler.<sup>65</sup> Hvordan budskapet er kommet til uttrykk er uten betydning, se for eksempel Rt. 1987 s. 424. Reelle bevismidler er gjenstander eller annet fysisk materiale som på grunn av utseende, konsistens eller andre egenskaper ved gjenstanden eller materialet utgjør bevis.<sup>66</sup> Det er ikke nødvendig å trekke et skille mellom bevisformene fordi reglene i tvml. kapittel 19 om dokumentfremleggelse er gitt tilsvarende anvendelse for reelle bevismidler, jf. tvml. § 237.

---

<sup>62</sup> Jf. Ot.prp.nr. 33 (2003-2004) s. 8 og implisitt i Rt. 2006 s. 626 premiss 30.

<sup>63</sup> Se eksempelvis Schei (1998) s. 795.

<sup>64</sup> Jf. Rt. 1970 s. 1277 og Schei (1998) s. 776-778

<sup>65</sup> Se Skoghøy (2001) s. 615 og Schei (1998) s. 766

<sup>66</sup> Se Skoghøy (2001) s. 646

Etter dette kan det legges til grunn at eksempelvis bokføringsmateriale, fakturaer, ordresedler, kontrakter, reklamemateriale og andre dokumenter, materiale på edb-anlegg, edb-programmer og elektroniske lagringsmidler, kan være gjenstand for en bevissikring. Det samme gjelder undersøkelser av maskiner og produksjonsutstyr. Kjennelse fra Asker og Bærum tingrett av 14. januar 2007, publisert TAHER-2006-184362, kan tjene som eksempel: På grunn av mistanke om ulovlig distribusjon av uautoriserte ”Tom & Jerry” filmer, ble det etter tvml. § 271 a foretatt bevissikring i fysiske eksemplarer av nærmere bestemte VHS og DVD-filmer, skriftlig og elektronisk lagrede fakturaer og kontrakter fra leverandører til de aktuelle videofilmene.

Det er ingen forskjell på hva som kan være gjenstand for bevissikringsundersøkelse etter den nye tvisteloven. Etter tvl. § 28-1 kan det ”gis tilgang til og foretas undersøkelse av realbevis”. Realbevis er etter tvl. § 26-1 definert som personer og gjenstander (fast eiendom, løsøre, dokumenter, elektronisk lagret materiale mv.) hvor personen eller gjenstanden, eller dens egenskaper, tilstand eller innhold, inneholder informasjon som kan ha betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken. Negativt kan dette avgrenses som andre bevismidler enn forklaringer for retten av parter, vitner og sakkyndige.<sup>67</sup> De aktuelle bevisformene for bevissikringsregelen etter tvisteloven er derfor på samme måte som etter tvistemålsloven, dokumentbevis og reelle bevismidler.

### 6.3.2 Unntak: Taushetsbelagte opplysninger m.m.

På samme måte som det etter reglene om prosessuell edisjonsplikt i tvml. §§ 250 første ledd og 251 nr. 2 oppstilles unntak for bevis som inneholder taushetsbelagte opplysninger eller som man kan kreve seg fritatt fra å gi forklaring om, må det oppstilles tilsvarende unntak for bevissikringsreglen i § 271 a. Det følger av Ot.prp.nr. 33 s. 8 at ”hvilken beskyttelse eventuelle taushetsbelagte opplysninger hos motparten vil ha m.m., følger av tvistemålslovens alminnelige reglene om bevis”. Særlig aktuelle er kanskje unntakene for forretningshemmeligheter, jf. tvml. § 209, og advokatkorrespondanse, jf. tvml. § 205.

---

<sup>67</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 977–978

Behandlingen av taushetsbelagt informasjon m.m. kommer jeg tilbake til senere i redegjørelsen. Innholdet av reglene vil det ikke bli redegjort for.

Den nye tvistelovens kapittel 22 om ”Bevisforbud og bevisfritak” hjemler tilsvarende unntak for taushetsbelagte opplysninger m.m. I tillegg er en del begrensninger som i dag følger av rettspraksis lovfestet.<sup>68</sup> Noen betydning ut over kodifisering innebærer dette ikke.

## 6.4 Kravet til spesifikasjon

### 6.4.1 Innledning

Reglene om prosessuell edisjonsplikt i tvml. §§ 250 første ledd og 251 nr. 2 oppstiller et *krav til spesifikasjon (eller individualisering)*, jf. tvml. § 253. I kravet ligger det at bevismaterialet må være bestemt angitt.<sup>69</sup> Det gjelder også et krav til spesifikasjon etter bevissikringsregelen. Dette følger implisitt av Rt. 2006 s. 626 ved at hovedspørsmålene i saken for Høyesterett gjaldt kravet til individualisering etter tvml. § 271 a.<sup>70</sup> Rt. 2006 s. 626 synes å åpne for at spesifikasjonskravet kan være betraktelig lavere enn det vi kjenner fra reglene om edisjonsplikt i tvml. § 253, og at individualiseringen kan foretas på et senere tidspunkt enn når begjæringen om bevissikring fremsettes.

I Rt. 2006 s. 626 (Normarc-saken) var forholdet dette: Normarc Flight Inspection System AS (Normarc), som utvikler, produserer og selger innflygningsinstrumenter til flyplasser, fikk mistanke om at tidligere ansatte hadde kopiert og medbrakt datalagret materiale over til selskapet Norwegian SM. Etter at en analyse utført av sakkyndige (Ibas AS) tydet på at materialet fra Normarc var kopiert, fremsatte Normarc begjæring om bevissikring etter tvml. § 271 a. Tingretten tok begjæringen til følge, og namsmannen gjennomførte

---

<sup>68</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 956

<sup>69</sup> Se eksempelvis Rt. 1936 s. 977 HRK, Rt. 1998 s. 484 HRK og Rt. 2000 s. 85 HRK

<sup>70</sup> Det samme gjelder bevissikringsreglen i tvl., se NOU 2001:32 s. 990 hvor det presiseres at tvl. § 26-6, som gjelder spesifikasjonskravet, gir ”et supplement” til hvordan parten i begjæringen til retten må gi de nødvendige opplysninger for at retten kan vurdere om vilkårene for en bevissikringsundersøkelse er oppfylt.

bevissikringen ved at alt datamateriale hos fire navngitte personer ble speilkopiert. Dette omfattet blant annet servere, tape, CDer og andre lagringsmedier, samt alle backupfiler fra perioden august 2003 til august 2004. Det er antatt at bevissikringen tilsvarte vel 285 millioner A-4 sider, eller ca. 50000 filer.<sup>71</sup> For de fire personene det gjaldt, må dette nærmest kalles en uspesifisert bevissikring.

Saken for høyesterett reiste to hovedspørsmål om tolkningen av tvml. § 271 a; På hvilket tidspunkt må spesifiseringen være gjort, og hvilke krav stiller bestemmelsen til spesifisering av det som skal bevissikres? Saken ble avgjort på spørsmålet om når individualisering må foretas. I motsetning til tingretten og lagmannsretten, som mente at individualiseringen måtte være foretatt før selve bevissikringen, kom en enstemmig Høyesterett til at spesifisering kunne foretas på et senere tidspunkt, jf. premiss 34.

Spørsmålet om hvilket krav til spesifikasjon som må stilles, blir behandlet i et obiter dictum. Høyesteretts resonnement innebærer at kravet til individualisering beror på hvor i prosessen partene befinner seg, - før eller etter den innledende sikringen. Det legges til rette for en toleddet prosess hvor det må skilles mellom *sikringsstadiet* og *innsynstadiet*. Høyesterett uttaler i tilknytning til spesifikasjonskravet at kriteriet ”ikke uten videre stille[r] de samme kravene ved begjæring om bevissikring etter § 271a som ved begjæring om innsyn [etter tvml. §§ 250 flg.]”, jf. premiss 35. At det må foretas et skille mellom sikring og innsyn kommer uttrykkelig til uttrykk når førstvoterende behandler spesifikasjonskravet på innsynstadiet: ”Hva det etter den innledende sikringen ... skal gis innsyn i, må bestemmes ...”, jf. premiss 37. Når Høyesterett også kom til at individualiseringen kunne foretas på et senere tidspunkt, viser også dette at det er et skille. I neste punkt 6.5.2 behandler jeg spesifikasjonskravet på sikringsstadiet, i punkt 6.5.3 på innsynstadiet.

---

<sup>71</sup> Jf. Borgarting lagmannsretts kjennelse, publisert LB-2005-59502

#### 6.4.2 Spesifikasjonskravet på sikringsstadiet

I vurderingen av hvilket krav til spesifisering som gjelder på sikringsstadiet, ”må formålet med henholdsvis begjæring om bevissikring og begjæring om innsyn, og praktiske hensyn få betydning”, jf. Rt. 2006 s. 626 premiss 36.

Det første vurderingskriteriet som førstvoterende oppstiller, er *formålet med henholdsvis begjæring om bevissikring og begjæring om innsyn*. En begjæring om bevissikring skal gi retten en mulighet til å vurdere om bevis skal tillates sikret for å hindre bevisforspillelse.<sup>72</sup> En begjæring om innsyn skal gi retten en mulighet til å vurdere hvorvidt bevismaterialet er av en slik karakter at det kan kreves fremlagt.<sup>73</sup> (Om det for eksempel inneholder advokatkorrespondanse, forretningshemmeligheter m.m.) Det følger av tvml. § 271 a første ledd tredje punktum at den ”som har fremsatt begjæringen, ikke bør gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig”. Avgjørelsen vil først være endelig når det er stadfestet at det var adgang til å foreta bevissikringen, eller fristen for å begjære muntlig forhandling er utløpt uten at motparten har begjært det.<sup>74</sup> Saksøker vil altså ikke i den innledende sikringsfasen få tilgang til det bevissikrede materialet. De rettsikkerhetshensyn som ligger bak reglene om innsyn kan derfor tale for at kravet til spesifikasjon må være strengere enn ved bevissikring. Kriteriet som Høyesterett stiller opp kan altså tyde på at individualiseringskravet slik vi kjenner det fra reglene om innsyn først blir aktualisert i den etterfølgende muntlige forhandlingen (og når det skal tas stilling til hva parten får innsyn i).

Forarbeidene drøfter ikke spørsmålet eksplisitt. Men det følger av Ot.prp.nr.33 (2003-2004) s. 8 at ”hvilken beskyttelse eventuelle taushetsbelagte opplysninger hos motparten vil ha m.m., følger av tvistemålslovens alminnelige reglene om bevis”. Denne uttalelsen kan ikke tas til inntekt for at det ikke er mulig å bevissikre materiale som kan inneholde taushetsbelagt informasjon m.m. Forarbeidene presiserer bare at taushetsbelagte opplysninger m.m. skal være *beskyttet* av tvistemålslovens alminnelige regler.

---

<sup>72</sup> Jf. for eksempel Normarc-saken premiss 36.

<sup>73</sup> Se Skoghøy (2001) s. 625

<sup>74</sup> Jf. Ot.prp.nr. 33 (2003-2004) s. 8

Det andre kriteriet som Høyesterett stiller opp er *praktiske hensyn*. Kravet til spesifisering må avpasses etter mulighetene for å spesifisere. Førstvoterende uttaler at ”ikke minst for elektronisk lagrede data gjør praktiske forhold at det kan være vanskelig å komme langt i spesifisering”, og fremhever det praktiske med speilkopiering: ”Skjer sikringen ved speilkopiering av data mister heller ikke den saksøkte tilgangen til materialet”, jf. premiss 36. Speilkopiering går kort fortalt ut på å kopiere alle data som finnes på ett medium (bærer av digital informasjon), over på et annet medium. På denne måten blir speilkopien nærmest en kloning av den speilkopierte gjenstanden. Når Høyesterett tilsynelatende tillater bruk av speilkopiering ved bevissikring, viser dette meget tydelig at spesifikasjonskravet på sikringsstadiet er mer avdempet enn i innsynstadiet. I Normarc-saken ble det, som tidligere nevnt, antatt at det bevissikrede materiale omfattet vel 50 000 filer, eller mer enn 250 millioner A-4 ark. En slik innsynadgang følger ikke av reglene om edisjonsplikt i tvml. §§ 250 flg.

Speilkopiering av bevismateriale har praktiske sider. Den teknologiske utviklingen har ført til at kommunikasjon i stadig større grad foregår elektronisk. Papirbaserte arkiver er mer eller mindre blitt erstattet av elektronisk lagring. E-postkorrespondanse, fakturaer, ordresedler, kontrakter og bokføringsmateriale er noen eksempler. Dette kan by på særlige utfordringer for bevissikringen. Dokumenter, mapper og filer kan ha skiftet navn, eller søkt kamuflert på annen måte. Det kan være vanskelig å finne dokumentene man er ute etter med den gitte tiden til disposisjon. Hertil kommer at bevismateriale kan være slettet. Med spesielle data- og programverktøy er det ofte stor mulighet for å ”finne igjen” slettede filer, dokumenter og lignende på harddisker mv. Fordi speilkopien utgjør en eksakt kopi, er det mulig å utføre søk etter slettet materiale. Dette gjør speilkopien til et middel som kan avdekke bevismateriale i større utstrekning enn mulig ved utskrift og kopi. Speilkopiering kan også være praktisk sett fra motpartens ståsted: ”Skjer sikringen ved speilkopiering av data, mister heller ikke den saksøkte tilgangen til materialet”, jf. premiss 36. (Om utlevering og kopiering, se pkt. 10.5.) Det er også svært liten fare for at speilkopieringen kan føre til skade på motpartens materiale. I tillegg kan selve bevissikringen utføres raskt, noe som er i begge parter interesse.



På den annen side kan speilkopieringen utgjøre et massivt inngrep hos motparten. I tillegg til bevismaterialet man er ute etter, sikres også en hel del overskuddsinformasjon, taushetsbelagte dokumenter m.m. Selv om parten ikke får adgang til det sikrede materialet kan det være en stor belastning for motparten å ikke ha kontroll over sitt eget materiale. Dette taler for at det skal en del til før det kan foretas speilkopiering. Dette uttrykkes også av førstvoterende. Det er blant annet i tilfeller hvor det ”bevismessig er på det rene at det er foretatt ulovlig kopiering” at spesifikasjonskravet ikke bør stenge for bevissikring, jf. premiss 36.

Selv om det etter dette sannsynligvis må legges til grunn at det finnes en mulighet for mer eller mindre uspesifiserte bevissikringer ved såkalt speilkopiering, bør hovedregelen allikevel være at saksøker må foreta en så nøyaktig spesifisering som mulig. Det er viktig at bevissikringsundersøkelsen ikke får karakter av såkalte ”fiskeekspedisjoner”. Etter bevissikringsregelen i konkurranselovens § 25 kan det også foretas såkalt speilkopiering. Det følger imidlertid av NOU 2003:12 Ny konkurranselov s. 200 at utgangspunktet allikevel er at det bare kan tas beslag i dokumenter som er av relevans for saken. Det samme bør som hovedregel gjelde for den sivile bevissikringsregelen. *Forholdsmessighetsvurderingen* som skal foretas vil også kunne innebære en begrensning i hvor mye materiale saksøker kan kreve sikret.

#### 6.4.3 Spesifikasjonskravet på innsynstadiet

Hva det *etter* den innledende sikringen skal gis innsyn i, ”må bestemmes som ledd i den etterfølgende kontradiktoriske behandlingen”, jf. Rt. 2006 s. 626 premiss 37. Dette er altså prosessen etter bevissikringen er gjennomført. Her er det grunn til å tro at spesifikasjonskravet fra reglene om edisjonsplikt kommer inn. ”Her vil kravet til spesifisering i noen grad skjerpes, men likevel slik at momenter i den nærmere vurderingen blant annet vil være i hvilken grad spesifisering er mulig, og hvor nærliggende det er at det foreligger bevismateriale som det er grunn til å sikre”, jf. premiss 37. Det kan være grunn til å ”pålegge saksøkte plikter for å bidra til å klarlegge hva det skal gis innsyn i...”, og det

kan være ”nødvendig å få oppnevnt en sakkyndig for å få skilt ut det materialet som det kan være grunnlag for å ... gi tilgang til”, jf. premiss 37. Det kan være grunn til å kommentere disse bemerkningene noe nærmere.

Spesifikasjonskravet i tvisteloven viderefører hovedregelen fra gjeldene rett om at realbevis ”skal spesifiseres slik at det er klart hvilke gjenstander kravet gjelder”, jf. § 26-6 (1). Det uttales i forarbeidene til tvisteloven at kravet til dels har vært stilt meget høyt, og at det i den nye tvisteloven ikke kan være ”tvil om at det må lempes”.<sup>75</sup> På bakgrunn av dette er det tatt inn en bestemmelse i § 26-6 (2) hvor retten skjønnsmessig kan lempe kravet til spesifikasjon. Det oppstilles to kumulative krav: Spesifikasjonskravet kan lempes dersom det er ”uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis”. Unntaket åpner ”for en noe større grad av dokumentinnsyn enn det som følger av dagens regler”, jf. NOU 2001:32 s. 465. Lempningsadgangen i den nye tvisteloven er nærmest identisk med dispensasjonsadgangen som førstvoterende oppstiller. Dette kan tyde på at spesifikasjonskravet etter reglene om innsyn etter tvistemålsloven allerede ligger på nivået som de nye reglene i tvisteloven skulle innføre.

Høyesterett åpner for at det kan være aktuelt å pålegge saksøkte *plikter* for å bidra til å klarlegge hva det skal gis innsyn i. I tillegg kan det være aktuelt å oppnevne *sakkyndige* for å skille ut materialet som må unntas. Hvis det på forhånd er vanskelig å komme langt i spesifisering, synes denne fremgangsmåten å åpne for at spesifikasjonskravet nærmest kan settes tilside. Jeg kommer tilbake til pliktene for saksøkte og oppnevning av sakkyndige i punkt 12 om håndteringen av bevismaterialet.

Forarbeidene til tvisteloven kommenterer kort forholdet til uspesifiserte fremleggelseskrav: ”Et mer uspesifisert krav om tilgang til gjenstander som mulige bevis, vil sjelden kunne forstås slik at parten ønsker alt eller intet. Som regel vil en mellomløsning ligge innenfor rammen av det krav som er fremmet.”<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 977

<sup>76</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 981

Tvisteloven oppstiller utrykkelig at det skal foretas en *proporsjonalitetsvurdering* i spørsmålet om hvor strengt kravet til individualisering skal stilles, jf. kriteriet ”uforholdsmessig vanskelig å etterkomme” i § 26–2. Det følger av forarbeidene at et krav om fremleggelse ”kan nektes imøtekommet i sin helhet ut fra en proporsjonalitetsvurdering, hvis det ville medføre ulemper for den kravet er rettet mot som ikke står i et rimelig forhold til betydningen av å få tilgang til bevismaterialet.”<sup>77</sup> En slik vurdering må også foretas for bevissikringsregelen i tvistemålsloven.

## 6.5 Sikringsgrunn

### 6.5.1 Bevisforspillelsesfare

For at det kan foretas bevissikringsundersøkelse etter regelen i tvml. § 271 a, oppstilles et *krav om bevisforspillelsesfare*, jf. kriteriet ”varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres”. Eksempler på slik fare for bevisforspillelse kan være at motparten vil forsøke å ødelegge eller destruere bevis, fjerne bevis eller endre/manipulere dem.

Det oppstilles ikke krav om at motparten må utvise klanderverdig opptreden. Et eksempel på slik bevisforspillelsesfare kan være endring av metadata på et dataanlegg, gjennom eksempelvis endring av tekniske funksjonsmåter ved å åpne mapper, filer og lignende. En bevisforspillelsesfare i *objektiv forstand* må derfor være tilstrekkelig.

I Rt. 1997 s. 703 HRK ble det fastslått at bevisopptaksregelen i § 267 ikke gir hjemmel for å avholde bevisopptak utenfor rettssak med det formål å få klarlagt et faktisk forhold, uten at det er grunn til å frykte at vitnene vil nekte, eller vanskelig vil ha mulighet til å avgi forklaring i en fremtidig rettssak. Det samme må gjelde etter § 271 a, slik at andre risikoer

---

<sup>77</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 980–981

for at de aktuelle bevisene ikke vil være der om motparten varsles, ikke omfattes av bestemmelsen.

Det må uten videre være klart at dersom beviset allerede er *forspilt*, foreligger det ingen sikringsgrunn. I slike tilfeller ville en bevissikringsundersøkelse være hensiktsløs. Det oppstilles heller ikke noe vilkår om at det må være motparten selv som vil hindre at beviset sikres. Det avgjørende må være at det er en *sammenheng* mellom bevisforspillelsesfaren og motpartens kunnskap om bevissikring. På denne måten omfattes tilfeller hvor motparten eksempelvis instruerer en tredjemann til å ødelegge eller fjerne bevismateriale.

## 6.6 Beviskrav

Etter tvml. § 271 a første ledd første punktum må det være ”*grunn til å frykte* for at varsel til motparten vil hindre at beviset sikres” (min uth.). Kravet referer seg til sammenhengen mellom bevisforspillelsesfaren og motpartens kunnskap om bevissikring, og angir hvor høy grad av sannsynlighet som kreves.

Ut fra en språklig forståelse er kravet ”grunn til å frykte” ikke særlig høyt. Bevisbyrdekravet ”sannsynlig” er eksempelvis ut fra en slik forståelse et strengere krav.

Sannsynlighetsvurderingen som skal foretas må nødvendigvis bli skjønnsmessig. I juridisk litteratur har det vært hevdet at tilsvarende uttrykk ikke innebærer krav om sannsynlighetsovervekt. En ”rimelig mulighet” skulle være tilstrekkelig.<sup>78</sup> Ulike vurderinger om tilsvarende uttrykk andre steder i lovgivningen må kunne gi veiledning. Rt. 2004 s. 1308 behandler spørsmål vedrørende dokumentinnsyn etter straffeprosessloven § 242, og kravet til sannsynlighet ved bevisforspillelsesfare. Det uttales at kravet er oppfylt dersom det medfører en *mulighet for bevisforspillelse*. Det kreves ingen

---

<sup>78</sup> Se Hov, Jo Rettergang II (1999) s. 54 med henvisninger

sannsynlighetsovervekt. Det må foreligge noe i saken som tilsier at skadevirkningen kan inntre, og en teoretisk mulighet er ikke tilstrekkelig.<sup>79</sup> Førstvoterende uttaler at vurderingen

”må særlig foretas på bakgrunn av sakens art og omfang, hvilken mulighet dokumentene på det aktuelle tidspunktet gir for bevisforspillelse og tilpasning ..., og hva som står på spill for mistenkte. Avgjørelsen må som utgangspunkt treffes på grunnlag av objektive omstendigheter, men dersom det foreligger konkrete holdepunkter for at mistenkte vil misbruke dokumentene, vil dette kunne styrke et avslag på dokumentinnsyn.”<sup>80</sup>

## 6.7 Andre vilkår

### 6.7.1 Kravet til besittelse

For at reglene om edisjonsplikt i tvml. §§ 250 og 251 skal komme til anvendelse oppstilles et *grunnvilkår om besittelse* av dokumentene eller gjenstandene. Dette vil i utgangspunktet si gjenstander eller dokumenter man har hånd om.<sup>81</sup> Det samme må antas å gjelde bevissikringsregelen i § 271 a. Samme krav er lovfestet i tvistelovens regler om utleveringsplikt av realbevis i § 26-5, jf. kriteriet ”har hånd om”.

At det oppstilles et krav om besittelse, innebærer som hovedregel at fremleggelsesplikten i tvml. §§ 250 flg. ikke pålegger partene å fremskaffe dokumenter, jf. Rt. 1994 s. 932 HRK. Dette gjelder imidlertid ikke når parten har *rett til å få hånd om* bevisgjenstanden, og dette rent faktisk kan gjøres noenlunde enkelt, se Schei (1998) s. 770. Det samme er lovfestet i den nye tvisteloven, jf. § 26-5 ”kan skaffe til veie”. (Tilføyelsen ”kan skaffe til veie” i § 26-5 er ment å innebære en ”viss oppmykning av vilkåret om rådighet og umiddelbar tilgang [enn det]som følger av besittelseskravet i dag ”, jf. NOU 2001:32 s. 979.) Dette er imidlertid neppe aktuelt for bevissikringsreglen i tvml. § 271 a og tvl. § 28-3 (4) – (6), jf. bevisforspillelsesfaren.

---

<sup>79</sup> Jf. premiss 42

<sup>80</sup> I.c.

<sup>81</sup> Se Schei (1998) s. 769

### 6.7.2 Kravet til rettslig interesse

At det etter tvml. § 271 a oppstilles et krav om ”retslig betydning”, jf. § 267 første ledd, betyr også at den som begjærer bevisopptak må ha *rettslig interesse* i å opptre som part eller hjelpeintervenient i en eventuell etterfølgende rettssak.<sup>82</sup> Det er altså et grunnvilkår for bevissikring at det aktuelle beviset kan få betydning i en tvist for den som fremsetter begjæringen. Kravet om rettslig interesse for den som begjærer bevisopptak uttrykkes eksplisitt i tvisteloven § 28-2, jf. ”part eller partshjelper”.<sup>83</sup>

## 7 Stedet for bevissikring

### 7.1 Forretnings- og arbeidslokaler m.m. og private hjem

Tvml. § 271 a, eller kap. 20 for øvrig, belyser ikke spørsmålet om hvor det *fysisk* kan foretas bevissikringsundersøkelse. Forarbeidene tar heller ikke opp problemstillingen. En viss veiledning gir kanskje reglene om gransking i kap. 17. Etter § 229 kan det foretas granskning av ”fast eiendom eller av en ting” som ikke uten særlig uleilighet kan bringes frem til rettsstedet. Det oppstilles her ingen begrensninger med henhold til hvor det fysisk kan foretas granskning, det avgjørende er hvor gjenstanden for granskning befinner seg. Dette kan tale for at tilsvarende løsning gjelder for bevissikringsregelen.<sup>84</sup> Det skulle da være mulig å undersøke både arbeids- og forretningssted og privat bolig.

Det ligger i dagen at mange bevis en part kan ha behov for å sikre, oppbevares i private hjem. Bevismateriale som befinner seg på motpartens PC er et aktuelt eksempel. Det kan dreie seg om alt fra fakturaer, ordresedler, e-post-korrespondanse og lignende, til ulovlig

---

<sup>82</sup> Se Schei (1998) s. 795-796

<sup>83</sup> Dette følger langt på vei også av et alminnelig krav til rettslig interesse, men utvalget fant grunn til uttrykkelig å fastslå at begjæring om bevissikring også kan fremsettes av en som kan bli partshjelper i en eventuell tvist, jf. NOU 2001:32 s. 988

<sup>84</sup> Jf. uttalelsene i forarbeidene om at de øvrige reglene for bevis gjelder.

nedlastet kopibeskyttet materiale. Uten en adgang til å foreta bevissikring i private hjem, må det derfor antas at bevissikringsregelen vil begrense en parts muligheter for bevis tilgang. Hertil kommer faren for omgåelsesmuligheter. Uten en adgang til undersøkelse av private hjem kunne en motpart enkelt ”skjule” bevis for en part ved å oppbevare dem hjemme. I forarbeidene til den nye konkurranse-loven uttales det i forbindelse med spørsmålet om private hjem kan undergis bevissikring av Konkurransetilsynet, at erfaringen tyder på at etter hvert som næringslivet får kunnskap om reglene og håndhevingen av disse, blir bevismateriale i større utstrekning oppbevart utenfor foretakets lokaler, blant annet i private hjem.<sup>85</sup> Det kan nok være grunn til å tro at tilsvarende vil gjelde i forhold til den sivile bevissikringsregelen. *Effektivitetshensyn* taler følgelig for at det kan foretas bevissikringsundersøkelse også i private hjem.

På den annen side står *hensynet til borgernes behov for beskyttelse av, og respekt for, sitt privatliv, familieliv og sitt hjem*. En bevissikring i private hjem er et inngripende virkemiddel overfor motparten. Motparten kan bli “shocked, angry, confused, feel violated and powerless”.<sup>86</sup> I tillegg kan familiemedlemmer, typisk ektefelle, samboer og barn, rammes. Ordningen kan “result in irremediable damage” både for dagliglivet og omdømmet.<sup>87</sup>

Uten klare holdepunkter i lovtekst og forarbeider (og rettspraksis), bør løsningen på spørsmålet om det kan foretas bevissikring i private hjem, etter mitt skjønn bero på en *forholdsmessighetsavveining* mellom disse to motstridene hensyn; nemlig hensynet til effektivitet, og hensynet til borgernes behov for beskyttelse av, og respekt for, sitt privatliv.

---

<sup>85</sup> Jf. NOU 2003:12 s. 193

<sup>86</sup> Se Andoh, Benjamin. The search order and the privilege against self-incrimination. Publisert i Business Law Review (UK) 1. januar 2005 (i punktet “Objections to the Order”). (Om det engelske bevissikringsinstituttet “the search order”.)

<sup>87</sup> I.e.

En bevissikring i private hjem må klart anses å være et større inngrep i privates rettsfære enn hos et foretak. (EMK art. 8 beskytter også til en viss grad arbeidsrelaterte aktiviteter eller lokaler mot ransaking, jf. Niemietz vs. Germany av 16. desember 1992, application no. 13710/88 §§ 29-31.) Etter bevissikringsordningen i konkurranseloven kan Konkurransetilsynet foreta bevissikringsundersøkelse av bolig ”dersom det er *særlig* grunn til å anta at bevis oppbevares der” (min uth.). Forarbeidene forklarer tillegget med at det vil ”bidra til å tydeliggjøre skillet mellom bevissikring i foretak og i private boliger og markere at bevissikring i boliger ikke skal gjennomføres rutinemessig.”<sup>88</sup> Fordi en bevissikring i private hjem må anses å være et større inngrep i privates rettssfære enn hos et foretak, kan proporsjonalitetsvurderingen ”derfor medføre at det gis tillatelse til bevissikring hos et foretak, men ikke i et privat hjem, selv om grunnlaget for kontroll er det samme for begge steder.”<sup>89</sup> Det må antas at disse synspunktene har overføringsverdi til den sivile bevissikringsreglen.

På bakgrunn av dette kan det spørres om det ikke hadde vært en fordel om skillet hadde kommet til uttrykk også i lovens ord for den sivilrettslige bevissikringsreglen. Det er lett å være enig i de siterte uttalelsene fra forarbeidene til konkurranseloven.

Trolig skal det mye til før det kan tillates bevissikring i private hjem. I NOU 2003:12 side 194 uttales det at det er ”først og fremst i saker av en *viss størrelse og alvorlighetsgrad* hvor det er mistanke om skjulte *karteller og lignende*, at det vil være aktuelt å benytte adgangen til å foreta slike kontroller” (mine uth.). Dette viser at listen for å kunne benytte bevissikringsinstituttet i konkurranseloven til å foreta undersøkelser i private hjem ligger høyt. Det samme må gjelde for den sivilrettslige bevissikringsordningen.

Ved innføringen av tilsvarende bevissikringsregel i Danmark vurderte utredningsutvalget, som tidligere nevnt, hensynet til integritet så tungt, at undersøkelser i private hjem bare kunne foretas når det var

---

<sup>88</sup> Jf. Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 163

<sup>89</sup> I.e.



sannsynliggjort at krenkelsen var utført i ervervsvirksomhet eller for øvrig i betydelig omfang.<sup>90</sup> Disse tilleggsvilkårene ble fjernet ved lov nr. 279 av 05. april 2006 grunnet behovet for gjennomføringen av direktiv 2004/48/EF av 29. april 2004 om håndhevelsen av immaterielle rettigheter. Sverige vurderte i Prp. 98/99:11 s. 57 hvorvidt også private hjem burde omfattes av bevissikringsregelen, og fant etter en helhetsvurdering at integritetshensyn måtte vike for behovet for å kunne foreta undersøkelser i boliger. Det presiseres imidlertid i forarbeidene i begge land at forholdsmessighetsvurderingen er viktig og nødvendig. Hvorvidt norske lovgivere har vurdert disse spørsmålene er ikke godt å si.

Et særlig spørsmål som oppstår er om det må oppstilles et krav om eierskap, eller om det er tilstrekkelig at eksempelvis motparten disponerer over lokalene som ønskes undersøkt for bevis? Dersom det må oppstilles et krav om eierskap ville eksempelvis leide eller lånte lagerlokaler og serverplass som motparten disponerer over falle utenfor. I både Danmark og Sverige er det avgjørende at den formodede krenker disponerer over de aktuelle lokalene, - eierforholdene er uten betydning.<sup>91</sup> Det samme kan antas å gjelde for den norske bevissikringsregelen.

## **8 Hos hvem kan det foretas bevissikringsundersøkelse?**

### **8.1 Hos motpart og tredjemann**

Etter tvml. § 271 a kan retten treffe avgjørelse om at det skal holdes bevisopptak før ”*motparten* varsles” (min uth.). Det må ut fra dette uten videre være klart at det kan foretas bevissikringsundersøkelse hos en motpart. Hvorvidt det kan foretas bevissikring hos tredjemenn synes ordlyden å stenge for, jf. ordet ”*motparten*”. Det står ikke i loven at tredjemenn ikke skal varsles. Forarbeidene berører ikke spørsmålet om tredjemenn er omfattet av bevissikringsadgangen.

---

<sup>90</sup> Se Betænkning nr. 1385 (2000) s. 62-63 og Prop. 1998/99:11 s 57.

<sup>91</sup> Jf. Prop. 1998/99:11 s. 57 og betænkning nr. 1385 s. 63

Etter tvistemålslovens alminnelige regler for bevisfremleggelse kan det kreves fremlagt bevis fra *både* motparter og tredjemenn, jf. tvml. §§ 250 og 251. Dette kan tale for at også eventuelle tredjemenn er undergitt bevissikringsregelen. Hensynet til å forebygge *omgåelsesmuligheter* taler også for at det kan foretas bevissikring hos tredjemenn. Et eksempel er at motparten kan anvende en tredjemanns dataserver, kanskje fordi han ikke selv har den tilstrekkelige serverkapasiteten. Det kan være at det i bevismessig henseende ikke er tilstrekkelig å konstatere hva motparten har på hjemmesiden sin, men også hvilken trafikk som har vært på denne. Dette er det kun mulig å avdekke gjennom en undersøkelse av serveren. I de tilfeller motparten ikke har et abonnement, men for eksempel bruker serveren til arbeidsgiveren, ville en bevissikringsundersøkelse ikke kunne foretas med mindre tredjemenn er omfattet av regelen. Bevismateriale hos kunder og klienter er andre eksempler. Mot en bevissikringsregel som omfatter tredjemenn, taler *integritetshensyn*. For en tredjemann kan en uvarslet bevissikringsundersøkelse være av inngripende karakter. Hertil kommer at *behovet* for å foreta bevissikring ”inaudita altera parte” som regel ikke gjør seg gjeldene på samme måte overfor tredjemenn. Kravet til bevisforspillelsesfare vil i mange tilfeller ikke være oppfylt<sup>92</sup>, slik at det er mer nærliggende å benytte de alminnelige reglene om provokasjon.

I den nye *tvisteloven* § 21-5 lovfestes en allmenn forklarings- og bevisplikt. Etter denne bestemmelsen plikter ”*enhver...* å gi tilgang til gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en rettsak...” (min uth.). Av NOU 2001:32 s. 979 følger det at ”*den* som har hånd om gjenstander som kan utgjøre bevis i saken, plikter å stille disse til rådighet som bevis, herunder å gjøre dem tilgjengelige for bevisundersøkelse” (min uth.). Dette kan tale for at bevissikringsregelen i *tvisteloven* også omfatter tredjemenn.

I både Danmark og Sverige har man vurdert hensynet til integritet så tungt at tredjemenn ikke omfattes av bevissikringsregelen.

---

<sup>92</sup> Slik vurderes det også i forarbeidene til konkurranseloven, se Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 163.

Alt i alt, og under tvil, kan jeg ikke se at tredjemenn er omfattet av den sivilrettslige bevissikringsreglen. Avgjørende vekt legger jeg på lovens ordlyd og integritetshensyn.

Dersom det skulle vise seg at tredjemenn omfattes av bevissikringsinstituttet, er det ikke sikkert at de krav som stilles for å kunne foreta bevissikringsundersøkelser hos motparter og tredjemenn er de samme.

*Forholdsmessighetsvurderingen* vil stå sentralt.

## **9 Fremgangsmåten ved begjæring om bevissikring**

### **9.1 Kompetent myndighet**

Etter tvml. § 268 skal en begjæring om bevisopptak ”fremsættes ... for *tingretten*” (min uth.). At retten er kompetent myndighet også etter den nye tvisteloven følger av § 28-3 (1). En slik løsning har gode grunner for seg. Som jeg tidligere har pekt på, har den sivilrettslige bevissikringsregelen likhetstrekk med straffeprosessuelle virkemidler som ransaking og beslag. De rettsikkerhetshensyn som ligger bak en domsstolskjennelse for ransaking etter straffeprosessloven, taler for at retten er kompetent myndighet også for den sivile bevissikringsregelen.

### **9.2 Fremsettelsen av, og innholdet i, begjæringen.**

Etter tvml. § 268 skal en begjæring om bevissikring fremsettes ”paa det sted ... hvor en ting skal granskes”. Riktig *verneting* er derfor i den rettskrets lokalene, husene m.v. som skal undergå bevissikring befinner seg. Reglene for verneting etter tvisteloven følger av § 28-3 (1).

Begjæringen kan *fremsettes* muntlig eller ved prosesskrift, se tvml. § 268 første ledd, og må *inneholde* opplysningene som er nødvendige for at retten kan ta stilling til hvorvidt begjæringen skal tas til følge, jf. tvml. § 271 a jf. §§ 267 og 268.

### 9.3 Avgjørelsen

Beslutningen om bevissikring treffes ved *kjennelse*, jf. tvml. § 270 første ledd første punktum. Dersom begjæring om bevissikring tas til følge, skal kjennelsen opplyse om bevisene som skal sikres og formålet med bevissikringen, jf. tvml. § 270 første ledd andre punktum.

Dersom retten ikke tar begjæringen om bevissikring til følge, kan saksøker *påkjære* kjennelsen etter tvml. § 396, jf. §§ 398 flg.

## 10 Gjennomføringen av bevissikringen

### 10.1 Hvem utfører bevissikringsundersøkelsen?

#### 10.1.1 Innledning

Et spørsmål er *hvem* som skal utføre bevissikringsundersøkelsen. Etter tvml. § 271 a første ledd første punktum kan det treffes avgjørelse om ”bevisopptak”. Sammenholdt med henvisningen til de alminnelige reglene for bevisopptak utenfor rettssak i tvml. § 271 første ledd, kan dette tolkes dit hen at det er retten selv som skal foreta bevissikringen, jf. tvml. § 222. Etter § 222 er hovedreglen at retten selv foretar bevisopptaket. Og etter Lov om domstolene (domstolsloven) av 13. aug. 1915 nr. 5 § 43, jf. § 44 annet ledd har enhver domstol som skal avgjøre en sak, rett til selv å foreta bevisopptak, hvis ikke annet er bestemt. Dette må bety at retten selv kan utføre bevissikringsundersøkelsen, hvis den ønsker det.

Det kan imidlertid i mange tilfeller virke uheldig overfor saksøkte hvis retten selv skulle stå for utførelsen av en bevissikringsundersøkelse ”*inaudita altera parte*”. Saksøkte kan oppleve undersøkelsen som et inngripende middel, og bevissikringsundersøkelsene har samme karakter som straffeprosessuelle virkemidler. Hvis retten skulle være den ”utøvende myndighet”, kunne det ligne på en slags ”*inkvisisjonsprosess*”. Dette kan føre til et

anstrengt forhold i den senere behandlingen. *Likhetsprinsippet*, som følger av EMK art. 6, kan også tale mot at retten utfører bevissikringsundersøkelsen. Dette prinsippet innebærer at partene skal være utrustet med de samme befyelsene i prosessen ("equality of arms") og behandles likt. Prinsippet kan ses på som en videreføring av det grunnleggende prinsipp at domstolene skal være uavhengig av sakens parter.<sup>93</sup> Hvis retten skulle utføre bevissikringsundersøkelsen kunne saksøkte oppleve retten som partisk (og medføre at balanseforholdet mellom partene ble forrykket). En "inkvisisjonsprosess" kan også skade rettens *nøytralitet*; det kan tenkes at det er vanskelig for retten "å løsrive seg fra" inntrykkene den fikk under "etterforskningen".

#### 10.1.2 Namsmannen

Rt. 2006 s. 626 gjaldt som sagt spørsmål vedrørende tvml. § 271 a. I denne saken hadde Oslo tingrett bestemt at bevissikringen skulle foretas av namsmannen. Det kom ingen innvendinger mot denne fremgangsmåten, verken i lagmannsretten eller Høyesterett.

At namsmannen kan stå for iverksettelsen av bevissikringen kan ofte ha gode grunner for seg. Namsmannen har i mange tilfeller den tilstrekkelige kompetansen, og iverksetter og gjennomfører undersøkelser etter innøvde prosedyrer som gjør at bevissikringen utføres raskest og enklest mulig. Dette "operative apparatet" til rent fysisk å gjennomføre en større bevissikring mangler en domstol med alminnelig saksområde.

En midlertidig forføyning etter kap. 15 i tvangsfullbyrdelsesloven utføres av namsmannen, jf. § 15-9. I den tidligere nevnte kjennelsen fra Asker og Bærum tingrett 14. januar 2007, publisert TAHER-2006-184362, uttalte retten at det er "ingen reelle hensyn som tilsier en annen løsning" for gjennomføringen etter bevissikringsreglen.

Etter dette kan det trolig legges til grunn at namsmannen kan stå for utføringen av bevissikringen.

---

<sup>93</sup> Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 34

### 10.1.3 Sakkyndige

I en del saker må det imidlertid antas at bevissikringen som skal foretas krever særlig kyndighet. Et eksempel kan være sikring av informasjon som befinner seg på datalagrede medier. Her kan det være nødvendig med IT-sakkyndige som foretar gjennomgangen av det digitale bevis materialet, og om nødvendig foretar kopiering. Et annet eksempel kan være revisorer som kan bistå med gjennomgang av bokføringsmateriale. Etter tvistemålslovens regler om gransking i kapittel 17 § 228 kan retten når granskningen krever særlig kompetanse, bruke sakkyndige. Og etter § 230 kan retten helt eller delvis overlate ”granskningen eller redegjørelsen for resultatene til de sakkyndige alene”. Etter mitt skjønn må denne reglen kunne få anvendelse for bevissikringen. Til støtte for dette synet kan det vises til Rt. 2006 s. 626. I denne saken ble gjennomføringen av bevissikringen bistått av sakkyndige fra Ibas AS. I obiter dictum uttaler førstvoterende at det etter omstendighetene kan ”være nødvendig å få oppnevnt en sakkyndig til å få skilt ut det materialet som det kan være grunnlag for å sikre ...”.

Etter den nye tvl. § 27–2 (4) følger det at hvis ”sakkyndighet er nødvendig for å utføre en bevisundersøkelse, kan retten oppnevne sakkyndig ... og overlate undersøkelsen til denne”. Bestemmelsen er inntatt i kapittel 27 om bevisopptak i rettssak. Dette kapittelet er gitt tilsvarende anvendelse så langt det passer, jf. tvl. § 28–4.

Ut fra dette kan det trolig legges til grunn at sakkyndige kan utføre/bistå med bevissikringen. De sakkyndige bør pålegges *taushetsplikt*.<sup>94</sup>

### 10.2 Kan det anvendes makt?

Et spørsmål som oppstår er om det er adgang til å anvende makt for å få gjennomført en bevissikringsundersøkelse. Har for eksempel namsmannen lov til å bane seg adgang til

---

<sup>94</sup> Det ble pålagt taushetsplikt for de sakkyndige i NORMARC saken.

motpartens lokaler, det være seg fordi motparten ikke vil slippe namsmannen inn, eller fordi han ikke befinner seg på bevissikringsstedet?

En viss veiledning for spørsmålet gir kanskje reglene om dokumentinnsyn i tvml. § 250 flg. Etter § 258 "avgjør retten efter en prøvelse av samtlige omstændigheder, hvilken betydning det skal tillægges" hvis en part nekter å fremlegge dokumentbevis han er pliktig til.

Bestemmelsen åpner ikke for at en part kan tvinges til å oppfylle sin plikt til å fremlegge bevis.<sup>95</sup> (Forutsetningen for dette er at partene har fri rådighet over saken, jf. tvml. § 258 andre ledd. Det oppstilles også unntak for tredjemenn i særdeles viktige tilfeller, se § 257.) Det ville følgelig harmonisere dårlig med tvistemålslovens regler om dokumentinnsyn hvis bevissikringen overfor motparten kunne gjennomføres med makt.

Etter bevissikringsreglen i konkurranselovens § 25 kan det kreves bistand fra politiet til å iverksette en beslutning om bevissikring, jf. tredje ledd. I forbindelse med revideringen av konkurranseloven fant man at reglene om bistand fra politiet til å iverksette en beslutning om bevissikring burde videreføres fordi det kunne "oppstå behov for" slik bistand.<sup>96</sup> Etter reglene om midlertidig forføyning kan det brukes nødvendig makt dersom gjennomføringen blir møtt med motstand, og om nødvendig, kreve bistand fra politiet, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 15-9 jf. § 5-10. Etter begge disse ordningene foreligger det altså klar hjemmel for å kunne bruke makt ved gjennomføringen.

Tvang er et inngripende virkemiddel som må ha klar og uomtvistelig lovhjemmel. Selv om det skulle foreligge et behov for politiets bistand, kan jeg ikke se at den sivile bevissikringsregelen innholder den nødvendige tvangshjemmelen. Det må derfor legges til grunn at det ikke er anledning til å gjennomføre bevissikringsundersøkelsen med makt.

---

<sup>95</sup> Jf. Schei (1998) s. 789

<sup>96</sup> Jf. NOU 2003:12 s. 196

### 10.3 Saksøker under bevissikringen

#### 10.3.1 Saksøkers adgang til bevisene

Etter tvml. § 271 a første ledd tredje punktum bør den som begjærer bevissikring ikke ”gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig, dersom det kan være *viktig* for motparten å hindre det”(min uth.). Som jeg tidligere har vært inne på, er avgjørelsen først endelig når det er stadfestet at det var adgang til å foreta bevissikringen, eller fristen for å begjære muntlig forhandling er utløpt uten at motparten har begjært det. Bakgrunnen for reglen må kunne sies å være den *manglende kontradiktoriske behandlingen*. Dersom saksøker uten begrensninger kunne få tilgang til motpartens materiale uten at denne hadde fått anledning til å uttale seg, ville *rettsikkerheten* til motparten trues.

Hvorvidt saksøker kan tillates adgang til bevisene før avgjørelsen er endelig vil nok *varierte* fra sak til sak, avhengig av bl.a. hva slags bevismateriale det dreier seg om. Det følger av Ot.prp.nr. 33 (2003–2004) s. 8 at retten ikke bør gi saksøker tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig, dersom det ”av *legitime grunner* kan være viktig for motparten å hindre at saksøkeren gis tilgang” (min uth.). Bevismateriale som eksempelvis kan inneholde advokatkorrespondanse eller forrentningshemmeligheter, er legitime grunner for å hindre saksøker tilgang. I saker hvor det er fare for at bevismaterialet kan inneholde taushetsbelagte dokumenter eller annen beslagfri informasjon, bør det derfor utvises varsomhet med å tillate saksøker tilgang til bevisene før avgjørelsen er endelig.

Et eksempel fra rettspraksis hvor saksøker tillates adgang til bevisene før avgjørelsen er endelig, er den nevnte kjennelsen fra Asker og Bærum tingrett 14. januar 2007, publisert TAHER-2006-184362. I denne saken forutsatte retten at det bevissikrede materialet bestående av ”Tom & Jerry” filmer, fakturaer og kontrakter straks kunne stilles til



saksøkers disposisjon hvis ikke saksøkte sannsynliggjorde at det var viktig å hindre saksøker tilgang.<sup>97</sup>

### 10.3.2 Saksøkers tilstedeværelse

Spørsmålet i dette punktet er om saksøker har rett til å være tilstede under gjennomføringen av bevissikringen.

I noen saker kan det tenkes å være et *behov* for å ha saksøker tilstede under bevissikringsundersøkelsen for å bistå namsmannen, og/eller sakkyndige, med for eksempel identifikasjon av produkter og annen informasjon. En slik deltakelse kunne gjort bevissikringsundersøkelsen enklere, og bidratt til en raskere gjennomførelse.

Veiledning for spørsmålet gir kanskje tvml. § 271 a første ledd tredje punktum: Den som begjærer bevissikring ”bør ikke gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig, dersom det kan være viktig for motparten å hindre det.” Bakgrunnen for regelen må som nevnt kunne sies å være den manglende kontradiktoriske behandlingen. Den samme begrunnelsen kan tale for at saksøker heller ikke bør være til stede ved bevissikringen før dette spørsmålet er avklart.

Bestemmelsen i § 271 a første ledd tredje punktum sammenholdt med forarbeidene stenger ikke for at en part kan gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig: Dersom det *av legitime grunner ikke er viktig* for motparten å hindre at parten gis tilgang til bevismaterialet, kan motparten få tilgang uten at avgjørelsen er endelig. Et lignende synspunkt må kunne være anvendelig i spørsmålet om parten har rett til å være tilstede under bevissikringen. En part kan være med under gjennomføringen av bevissikringen dersom ikke det ikke av legitime grunner er viktig for motparten å hindre det. Slik var det i den tidligere nevnte kjennelsen fra Asker og Bærum tingrett fra 14. januar 2007. I denne

---

<sup>97</sup> Jf. s. 4

saken forutsatte retten at ”rekvirentens prosessfullmektig gis mulighet til å være tilstede under bevissikringsforrentningen”, jf. kjennelsen s. 4.

Hvorvidt det er viktig for motparten å hindre parten tilstedeværelse vil nok som ved spørsmålet om saksøker skal tillates adgang til bevismaterialet, variere fra sak til sak, blant annet avhengig av hva slags bevismateriale det dreier seg om. Dersom det er fare for avsløring av forretningshemmeligheter, eksempelvis ved undersøkelser av produksjonsprosesser og lignende, er det nærliggende å anta at det bør utvises varsomhet med å tillate saksøker tilstedeværelse under bevissikringen. Motsatt, i saker hvor faren for slik avsløring er liten, kanskje ved varemerkekrenkelser, ulovlig produktetterligning ol., bør utgangspunktet være at saksøker gis anledning til å være tilstede for å bistå med identifikasjon og informasjon. Denne måten å forstå reglene på gjelder blant annet i Danmark.<sup>98</sup>

Dersom parten får anledning til å være tilstede under gjennomføringen av bevissikringen bør det allikevel utvises varsomhet. Selv om faren for avsløring av taushetsbelagt informasjon, personvernbeskyttet materiale og annen overskuddsinformasjon anses for liten, kan det ikke utelukkes at parten får tilgang til informasjon han ikke burde hatt, eller ganske enkelt får det man kan kalle et ”overtak” på motparten. Bevissikringsinstituttet kan ikke åpne for det som kan kalles ”fiskeekspedisjoner”. Derfor kan det være grunn til å følge den forståelsen som man i den svenske lovgivningen legger til grunn: Dersom en part gis mulighet til å være tilstede under bevissikringsundersøkelsen bør parten under enhver omstendighet ikke ha rett til å foreta selvstendige undersøkelser, og skal ikke på annen måte gis innflytelse over gjennomføringen av bevissikringen.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Se Betænkning 1385 (2000) s. 74

<sup>99</sup> Se Prop. 98/99:11 s. 74

#### 10.4 Saksøkte under bevissikringen

Det følger av tvml. § 271 a første ledd andre punktum at verken ”motparten eller allmennheten skal gjøres kjent med saken inntil bevisopptaket er holdt eller mer enn seks måneder har gått siden saken ble avsluttet”. Andre punktum ble foreslått av departementet,<sup>100</sup> og er begrunnet i faren for bevisforspillelse<sup>101</sup>.

Bakgrunnen for at allmennheten ikke skal varsles, er at det ville være uheldig om motparten fikk kunnskap via pressen om at det skulle foretas bevissikring, jf. Ot.prp.nr.33 (2003-2004) s. 6.

Spørsmål dette punktet reiser blir ikke behandlet nærmere.

#### 10.5 Utlevering og kopiering

Spørsmålet i dette punktet er om den sivile bevissikringsregelen åpner for at det kan foretas bevissikring i form av utlevering av (original)dokumenter, gjenstander m.v., eller om det bare må tillates bevissikring i form av kopiering, fotografering eller film- og lydopptak.

I en del tilfeller vil et utlevert dokument eller en gjenstand kunne bidra med mer informasjon enn en kopi eller et fotografi; Visse markeringspenner i mørke farger blir svarte felt på kopiene (og dermed skjuler teksten), blyantskrift blir uklart osv. For gjenstander kan det i visse situasjoner være så å si praktisk umulig å foreta en tilstrekkelig fotografering el. på bevissikringsstedet. Det kan være at gjenstanden er av en slik art at den fordrer sakkyndig gjennomgang i andre omgivelser. Utlevering av bevis representerer også den fordelen at bevissikringen kan gjennomføres på kortere tid, hvilket må kunne sies å være i begge parter interesse. På den annen side kan utlevering av dokumenter og gjenstander være til skade eller ulempe for motparten. Det kan for eksempel tenkes at en gjenstand som ønskes sikret er nødvendig for driften av virksomheten. I tillegg kan det oppstå usikkerhet om hva som er sikret.

---

<sup>100</sup> Se Ot.prp.nr.33 (2003-2004) s. 8

<sup>101</sup> Ibid. s. 7

Etter tvml. § 271 a første ledd første punktum kan ”retten treffe avgjørelse om ... bevisopptak” (min uth.). Ordet ”opptak” kan tyde på at bevissikring i form av utlevering ikke er tillatt. Det følger imidlertid av Ot.prp.nr. 33 (2003–2004) s. 7-8 at første ledd første punktum svarer til Tvistemålsutvalgets forslag i tvl. § 28-3 (4) første punktum. Etter tvl. kan ”retten treffe avgjørelse om ... bevissikring” (min uth.). Utrykket ”bevissikring” er en nyinnføring i den nye tvisteloven, og brukes som felles betegnelse for bevisopptak og bevis tilgang i kapitlet 28.<sup>102</sup> Bevissikringsreglen i § 28-3 (4) må ses på som en bestemmelse om bevis tilgang.<sup>103</sup> Dette kan tyde på at når man i avgjørelsen av spørsmålet hvorvidt bevissikringsreglen tillater utlevering av bevismateriale m.v., ikke kan legge for mye i ordet bevisopptak i tvml. § 271 a.

Veiledning i spørsmålet kan kanskje søkes i reglene om edisjonsplikt i tvml. §§ 250 flg. Etter § 252 første ledd første punktum skal bevis ”saavidt mulig fremlægges i original eller i bekreftet avskrift”. Videre kan retten ”altid beslutte at originalen skal fremlægges, naar den kan skaffes tilveie”, jf. annet punktum. Det er altså opp til *rettens skjønn* om en bekreftet avskrift eller kopi er tilstrekkelig.<sup>104</sup> Dette kan tale for at det også etter bevissikringsreglen kan kreves utlevering av bevis.

Ytterligere veiledning finnes i den tidligere nevnte kjennelsen fra Asker og Bærum tingrett fra 14. januar 2007. I denne saken ble gitt adgang til å ”ta beslag i de DVD-plater og videokassetter med Tom & Jerry filmer, og eventuelle mastertapes”, som motparten hadde i sin besittelse.<sup>105</sup> Praksis tyder med andre ord på at bevissikringsreglen også hjemler en bevissikringsmulighet i form av utlevering. Dette argumentet må imidlertid ikke overdrives. En tingrettskjennelse har liten rettskildemessig vekt.

---

<sup>102</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 987

<sup>103</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 989-990: Tvml. § 28-3 (4) ”... gjelder den situasjonen at et varsel til motparten om begjæringen vil kunne umuliggjøre bevissikringen eller *bevis tilgangen*.” (min uth.)

<sup>104</sup> Se Schei (1998) s. 777

<sup>105</sup> Jf. s. 4

Den svenske bevissikringsregelen tillater ikke utlevering av verken dokumenter eller gjenstander, se pkt. 4.3.3. Den danske ordningen åpner for utlevering av dokumenter og gjenstander, men det presiseres i forarbeidene at beslaglegging av gjenstander eller dokumenter i alminnelighet ikke bør skje dersom det kan legge hindringer i veien for en ellers lovlig virksomhetsutøvelse eller annen lovlig anvendelse.<sup>106</sup>

Alt i alt må det trolig legges til grunn at bevissikringsregelen åpner for utlevering av dokumenter og gjenstander. Uttalelsene fra det danske utredningsutvalget om at utlevering i alminnelighet ikke bør skje dersom det kan legge hindringer i veien for motparten, bør gjelde også for den norske bevissikringsreglen. I tillegg må det, her som ellers, foretas en *forholdsmessighetsvurdering*. En slik vurderingen kan for eksempel føre til at enkelte dokumenter må kopieres, andre kan tillates utlevert.

## 11 Etterfølgende muntlig forhandling

Etter tvml. § 271 a første ledd fjerde punktum kan den som rammes av bevissikringen kreve etterfølgende muntlig forhandling til *prøvelse av om lovens vilkår* for bevisopptak uten varsel var oppfylt, jf. henvisningen til tvangsfullbyrdelsesloven § 15-10. Fristen for å begjære muntlig forhandling er to uker fra avholdelsen er meddelt, jf. tvml. § 271 a første ledd femte punktum. Den etterfølgende muntlige forhandlingen innebærer en fortsatt behandling av samme sak for samme instans, og er derfor *intet rettsmiddel*.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Se Betænkning 1385 (2000) s. 72–73.

<sup>107</sup> Jf. Falkanger Thor, Hans Flock og Thorleif Waaler *Tvangsfullbyrdelsesloven kommentarutgave Bind II* 3.utg, 2002 s. 1102.

Bakgrunnen for retten til å kreve etterfølgende muntlig forhandling ligger i dagen. Bevissikringsregelen gir retten adgang til å sikre bevis ut fra en parts begjæring, og uten at motparten blir hørt. Ved den etterfølgende muntlige forhandlingen får motparten (eller andre) følgelig mulighet til å utøve sine *kontradiktoriske rettigheter*. Utredningsutvalget for den nye tvisteloven fant det ”riktig å sikre en etterfølgende grundig behandling, og også at den foreløpige beslutningen skal kunne sikre beviset uten at den part som har fremsatt kravet får tilgang til det før endelig avgjørelse er truffet.”<sup>108 109</sup> Bestemmelsen om etterfølgende muntlig forhandling er altså inntatt ”til sikring av saksøktes interesser”.<sup>110</sup>

I den etterfølgende muntlige forhandlingen skal retten, på bakgrunn av begge parter syn, prøve spørsmålet om det sikrede bevismaterialet skal opprettholdes eller tilbakeleveres. Retten kan også endre sin tidligere beslutning, se tvfl. § 15-10 andre ledd.

Kjennelsen kan *påkjæres*, jf. tvml. § 396 jf. §§ 398 flg.

Dersom saksøker ikke får medhold av retten til å opprettholde bevissikringen, oppstår bl.a. spørsmål om kjæremål over opphevelseskjennelsen kan gis *oppsettende virkning*, jf. § tvml. § 400. Dette var problemstillingen i Rt. 2006 s. 146 HRK. Denne saken gjaldt den tidligere nevnte Normac-saken: I den etterfølgende muntlige forhandlingen ble kjennelsen (om bevissikring) opphevet, og materialet ble besluttet tilbakelevert. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom enstemmig til at det var riktig lovtolkning av lagmannsretten å gi kjæremål over tingrettens opphevelseskjennelse oppsettende virkning. Kjæremålsutvalget presiserte at tvml. § 400 gir den domstol som behandler saken adgang til å bestemme at kjæremålet skal gis oppsettende virkning, og uttalte at det ”beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering hvorvidt oppsettende virkning skal gis, herunder mulighetene for at

---

<sup>108</sup> Jf. NOU 2001:32 s. 989-990

<sup>109</sup> Med de krav som EMK art. 6 oppstiller til rettferdig rettergang og kontradiksjon, kan nok reglene om etterfølgende muntlig forhandling (eller eventuelt andre regler om overprøvnings) ikke bare ses på som riktig, men også nødvendig.

<sup>110</sup> Jf. Ot.prp.nr. 33 (2003-2004) s. 8

kjæremålet vil føre frem og ulempene eller skadene ved at avgjørelsen henholdsvis gjennomføres eller utsettes inntil videre...”, jf. premiss 20. Dersom kjæremålet ikke ble gitt oppsettende virkning ville kjæremålsadgangen bli illusorisk; en tilbakelevering av materialet kunne lett føre til at kjæremålet mister sin interesse (jf. at retten har kommet til at det er en fare for bevisforspillelse).

Den nye tvisteloven § 28-3 (4) fjerde punktum viser til reglene om etterfølgende muntlig forhandling i tvl. § 32-8. Som jeg tidligere har vært inne på skyldes dette at reglene om midlertidig sikring (arrest og midlertidig forføyning) er flyttet fra tvangsfullbyrdelsesloven til den nye tvisteloven sjuende del, og at tvl. § 32-8 og tvfl. § 15-10 skal forstås på samme måte.<sup>111</sup>

## **12 Håndteringen av bevissikret materiale**

### **12.1 Oppbevaring av bevismateriale**

Når bevissikringsundersøkelsen er gjennomført oppstår blant annet spørsmål om oppbevaringen. Det følger som nevnt av tvml. § 271 a første ledd tredje punktum at saksøker ikke bør ”gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig, dersom det kan være *viktig* for motparten å hindre det.” (min uth.)

Bevissikringssaker med spesifisert og avgrenset bevismateriale byr ikke på særlige problemer. Slik var forholdet i den nevnte kjennelsen fra Asker og Bærum tingrett fra 2007. I denne saken forutsatte retten at det bevissikrede materialet bestående av ”Tom & Jerry” filmer, fakturaer og kontrakter straks kunne stilles til saksøkers disposisjon hvis ikke saksøkte sannsynliggjorde at det var viktig å hindre saksøker tilgang.<sup>112</sup> Her var det altså ikke viktig å hindre saksøker tilgang. Slik er det imidlertid ikke i alle saker. Redegjørelsen

---

<sup>111</sup> Jf. Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 489

<sup>112</sup> Jf. s. 4

for spesifikasjonskravet i pkt. 6.5 viste at Høyesterett blant annet åpner for såkalt speilkopiering. Når det gjelder datamaskiner, dataanlegg og servere m.v., innebærer dette at det i tillegg til bevisene som motparten er ute etter, også tas "beslag" i et meget omfattende materiale som ikke er relevant som bevis i den underliggende saken (overskuddsinformasjon). Det samme kan gjelde dokumenter med taushetsbelagt informasjon, så som forretningshemmeligheter eller advokatkorrespondanse, og personvernbeskyttede opplysninger m.m. Dette er informasjon som det åpenbart er viktig for saksøkte å hindre saksøker tilgang til.

Det kan stilles spørsmål ved om det ikke må *analogiseres* fra de skranker som strpl. § 205 tredje ledd stiller for politiets adgang til gjennomgang av dokumenter for å avgjøre om de inneholder opplysninger som gjør de beslagfrie. Første punktum i denne bestemmelsen bestemmer at dokumenter og annet som besitteren ikke plikter å forklare seg om uten etter særskilt pålegg fra retten, heller ikke kan beslaglegges uten rettens kjennelse. Og dersom politiet vil ta med bevismaterialet til retten for avgjørelse om det skal tas beslag eller ei, skal bevismaterialet forsegles i lukket konvolutt i nærvær av representant for besitteren, se andre punktum. I Rt. 1986 s. 1149 HRK påberopte siktede seg at pengeskapet som politiet skulle ransake inneholdt taushetsbeskyttet korrespondanse mellom han og hans forsvarer. Kjæremålsutvalget uttalte at reglene om ransaking sammenholdt med bestemmelsene om taushetsbelagt informasjon "må forstås slik at dokumenter som besitteren før eller under ransakingen hevder er unntatt fra beslag ... ikke kan gjennomgås", men må "sendes forhørsretten til avgjørelse av beslagsspørsmålet", jf. s. 1155. Fordi den sivile bevissikringsregelen har klare likhetstrekk med de straffeprosessuelle reglene om beslag, kan dette tale for at lignende prinsipp bør oppstilles for den sivilrettslige regelen.

Til støtte for dette synet kan det vises til bevissikringsinstituttet i konkurranseloven. Konkurransetilsynet må forholde seg til prinsippet i strpl. § 205 tredje ledd, uten direkte



regler om dette i konkurranseloven. Forarbeidene uttaler at ”prinsippene i § 205 tredje ledd også bør komme til anvendelse når Konkurransetilsynet foretar bevissikringer”.<sup>113</sup>

## 12.2 Gjennomgangen av materialet

### 12.2.1 Innledning

Hvis retten velger å opprettholde bevissikringen, oppstår spørsmål om *hvem* som skal foreta gjennomgangen (utsorteringen) av materialet som saksøker ikke har rett til innsyn i. Dette spørsmålet oppstår særlig når det ikke er mulig å foreta en særlig presis spesifisering i det bevissikrede materialet, typisk ved såkalt speilkopiering. Det ligger i dagen at dette kan være en formidabel jobb. Normarc-saken, hvor det er antatt at det bevissikrede materialet tilsvarer vel 50000 filer eller ca. 285 millioner A-4 sider, viser at det kan dreie seg om meget store mengder informasjon som skal håndteres.

### 12.2.2 Retten

En løsning kunne tenkes å være at retten gjennomgikk det speilkopierte materialet. Etter både tvml. § 252 annet ledd første punktum og tvl. § 26-7 (1) kan retten kreve bevisgjenstanden fremlagt for avgjørelse av om den utgjør bevis. For saker hvor det på forhånd ikke lar seg gjøre å peke ut bevisene, ville imidlertid en regel om at retten skulle gjennomgå det speilkopierte materialet by på både praktiske og tekniske (kompetanse) problemer. Dersom det bevissikrede materialet er stort, vil gjennomgangen medføre et betydelig arbeid for retten. En gjennomgang av speilkopierte harddisker, drivere mv. hvor det er usikkert hva som utgjør bevis, krever også spesialverktøy. Det ville være en håpløs oppgave å forsøke å gjennomgå dokument for dokument. Spesielle ”søkeverktøy” kan derfor være nødvendig. Det kan også være at viktig bevismateriale er slettet. Som jeg tidligere har vært inne på, lar dette seg ofte gjenopprette med riktig verktøy. I tillegg kan saksøkte i varierende grad ha forsøkt å skjule, endre eller manipulere datainnholdet. Dette

---

<sup>113</sup> Jf. Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 165

viser at det kan være vanskelig, kanskje umulig, for retten selv å foreta gjennomgangen av det bevissikrede materialet. I tillegg ville det blitt kostnadskrevende.

Her må det imidlertid bemerkes at fordi en gjennomgang av bevissikret materialet vil utgjøre en stor arbeidsoppgave, innebærer ikke det at retten dermed er fritatt fra håndteringen. Det følger av forarbeidene til den nye tvisteloven at det ikke fritar ”retten for en slik gjennomgang at det dreier seg om et stort materiale. Skal omfanget av materialet gi grunnlag for nektelse av bevisføringen, må det være etter [proporsjonalitetsbegrensningen i] § 29-5 (3) første punktum [§ 26-5 (3) ]. I vurderingen her kan også inngå som ett av flere momenter de ulemper og vanskeligheter en gjennomgang av materialet vil medføre for retten, selv om dette sjelden vil kunne være et utslagsgivende moment”, jf. NOU 2001:32 s. 981

### 12.2.3 Saksøktes plikter

Rt. 2006 s. 626 gir veiledning for hvordan utsorteringen kan foregå. Førstvoterende uttaler at jo mer nærliggende det er at det foreligger bevismateriale som det er grunn til å sikre, ”jo større grunn vil det også være til å *pålegge saksøkte plikter* for å bidra til å klarlegge hva det skal gis innsyn i, *for eksempel* ved å angi hva som må unntas på grunn av taushetsplikt eller taushetsrett”, jf. premiss 37 (mine uth.). Dette minner om fremgangsmåten etter reglene om edisjonsplikt i tvml. § 252; Dersom det kreves fremlagt bevismateriale som saksøkte mener han har taushetsplikt eller taushetsrett om, skal ikke materialet sendes inn til retten for avgjørelse av fremleggelsesplikten, se Rt. 1998 s. 1624 HRK s. 1626/1627.<sup>114</sup> Retten må ta stilling til spørsmålet uten å ha sett dokumentet, jf. tvml. § 211 annet ledd.<sup>115</sup> Det er altså saksøkte selv som skal foreta utsorteringen av denne informasjonen. Det samme antas å gjelde når bevisgjenstanden bare delvis inneholder opplysninger underlagt taushetsplikt eller taushetsrett. Saksøkte selv må ta ut det taushetsbelagte og sende det øvrige til retten.<sup>116</sup>

Den nye tvisteloven viderefører reglen om at bevisgjenstanden ikke skal stilles til rådighet for retten når spørsmålet om bevisstilgang er bestridt med grunnlag i bevisforbud eller fritak, jf. tvl. § 26-7 (2). Det

---

<sup>114</sup> Slik også Schei (1998) s. 778/779 og Skoghøy (2001) s. 630

<sup>115</sup> Se Schei (1998) s. 778

<sup>116</sup> Se Schei (1998) s. 779

oppstilles imidlertid unntak for relative bevisforbud og fritak. For disse kan retten fastsette at gjenstanden skal fremlegges til avgjørelse av om den skal gjøres tilgjengelig i saken.<sup>117</sup> Reelle hensyn kan tale for en lignende løsning etter tvistemålsloven, men vil i så fall mangle støtte i ordlyd og rettspraksis, se Schei (1998) s. 779.

Førstvoterende sin uttalelse gir grunn til å tro at samme løsning er aktuell i forhold til speilkopierte materiale. Dette er i så fall interessant fordi en slik gjennomgang og behandling kan innebære omfattende plikter for saksøkte, både i form av tid og ressurser. I tillegg nevner førstvoterende utsortering av materiale som må unntas på grunn av taushetsplikt eller taushetsrett bare som ett eksempel på saksøktes plikter. Dette kan tyde på også andre oppgaver enn utsortering av taushetsbelagt informasjon m.m. kan være aktuelt.

#### 12.2.4 Sakkyndige

I forbindelse med hvordan håndteringen av det bevissikrede materialet skal foregå, uttaler førstvoterende i Rt. 2006 s. 626 at det etter omstendighetene også vil "være nødvendig å få oppnevnt en sakkyndig for å få skilt ut det materialet som det kan være grunnlag for å ... gi tilgang til", jf. premiss 37. Dette vil trolig bare være aktuelt i saker hvor gjennomgangen av materialet krever slik sakkyndighet. Som jeg tidligere har vært inne på, fritar det ikke retten for gjennomgang at det dreier seg om et stort materiale. Bevissikringer med speilkopierte materiale er et eksempel på saker hvor det kan være et behov for sakkyndig håndtering og gjennomgang.

Dersom det blir benyttet sakkyndige til håndteringen av bevissikret materialet, kunne kanskje en lignende fremgangsmåte tenkes for speilkopierte materiale: De sakkyndige foretar søk etter relevante bevis i det kopierte materialet, og det utarbeides en rapport. Bevis som kan være aktuelle kopieres over på et egnet medium. Etter gjennomgangen av materialet slettes kopien, slik at motpartens materiale ikke kommer på avveie. Hvis saksøkte mener det kopierte materialet inneholder informasjon som saksøker ikke har rett til innsyn i, fremlegges beviset for retten til avgjørelse.

De sakkyndige bør pålegges *taushetsplikt*.

---

<sup>117</sup> Dette uttrykkes eksplisitt i NOU 2001:32 s. 981

### 12.3 I retning av disclosure/discovery?

Dersom uttalene i Rt. 2006 s. 626 blir retningsgivende for hvordan spesifikasjonskravet skal stilles, og hvordan håndteringen av materialet skal foregå, kan det synes som om bevissikringsregelen åpner for, eller går i retning av, et prinsipp som har fellestrekk med ”discovery-reglene” fra angloamerikansk rett, kalt ”disclosure” i de nye engelske prosessformene. Disse reglene går langt i å sikre bevisavklaring og bevis tilgang av dokumentbevis: Reglene gir partene en vid mulighet for å få tilgang til bevismateriale i deres favør som motparten sitter med eller har kjennskap til – og som motparten kanskje er den eneste som har kjennskap til.<sup>118</sup> Særlig i amerikansk rett går reglene meget langt, og legger omfattende plikter på partene.<sup>119</sup> Utredningsutvalget vurderte i forbindelse med den nye tvisteloven hvorvidt lignende regler burde innføres i norsk rett, men fant at reglene hadde for mange negative konsekvenser, med særlig vekt på det høye kostnadsnivået og faren for forsinkelser i fremdriften av saken.<sup>120</sup> Utredningsutvalget anså allikevel at de angloamerikanske reglene ivaretar viktige hensyn: ”De sikrer en part tilgang til og innsyn i de bevis motparten sitter med. Det kan føre til at bevis som ellers ville blitt holdt skjult, faktisk blir ført, med den virkning at saken får et annet – og riktig – materielt utfall.”<sup>121</sup> Derfor var det viktig å finne regler som fremmet disse formålene, men uten de uheldige konsekvensene som de angloamerikanske reglene medfører. Dette er bakgrunnen for at individualiseringskravet i den nye tvistelovens § 26-6 lempes noe i forhold til tvml. § 253.

Likheten er særlig fremtredende fordi bevissikringsregel kan tillate bevis tilgang i nesten *hele* motpartens materiale (fordi materialet blir speilkopiert), og saksøkte kan pålegges omfattende *plikter* i forbindelse med bevisavklaringen.

---

<sup>118</sup> Se NOU 2001:32 s. 460

<sup>119</sup> I.e.

<sup>120</sup> Ibid s. 465

<sup>121</sup> I.e.

Likhetene med reglene fra discovery/disclosure blir enda mer synlige ved innføringen av den nye tvisteloven. Tvisteloven § 16-7 (2) innfører et nytt institutt kalt *fristforelegg*, som er en nyskaping både terminologisk og reelt.<sup>122</sup> Forarbeidene definerer dette som et pålegg fra retten til en part om å foreta en prosesshandling under trussel om forfallsvirkning hvis fristen forsømmes.<sup>123</sup> At unnlatelsen kan få forfallsvirkning vil være ensbetydende med det som etter tvistemålsloven er virkningene av en uteblivelsesdom.<sup>124</sup> Bakgrunnen for reglen er en mer effektiv sanksjonsmulighet når partene ikke etterkommer fremleggesplikten enn den som gjelder etter tvistemålsloven i dag. De lege lata foreligger det som sagt ingen tvangsmulighet overfor motparten, jf. tvml. § 258. En unnlatelse av å etterkomme et krav om fremleggelse kan kun få prosessuell skadevirkning. Med trussel om fristforelegg hvis pliktene ved utsorteringen av taushetsbelagt informasjon m.m. ikke gjennomføres/fullføres, synliggjør som sagt likhetene fra reglene om discovery/disclosure.

### 13 Oppsummering

Det nyinnførte instituttet med sivilrettslig bevissikring ”*inaudita altera parte*” gir saksøker en *reell og vid mulighet for bevissikring*; Det kan foretas bevissikringsundersøkelser både på arbeids/forretningslokaler m.v. og i private hjem, og det kan sikres bevismateriale både i form av kopiering og beslaglegging. I tillegg finnes det sannsynligvis en mulighet for såkalt speilkopiering av motpartens materiale. Dette gjør at ordningen går svært *langt i sikre saksøker bevisstilgang*.

Bevissikringsreglen reiser en rekke problemstillinger som ikke kan betraktes som avklarte. Det blir spennende å følge utviklingen videre, siste ord er neppe sagt.

---

<sup>122</sup> Ibid s. 915

<sup>123</sup> I.e.

<sup>124</sup> Ibid s. 918

## 14 Litteraturliste

### 14.1 Lovgivning

#### Norske lover:

- 1915 Lov om domstolene (domstolsloven) av 13. august 1915 nr. 5
- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) 13. august 1915 nr. 6
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22. mai 1981 nr. 25
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven) 26. juni 1992 nr. 86
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30
- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 14
- 2004 Lov om endringer i rettergangslovgivningen m.m. (organisering av den sivile rettspleie på grunnplanet) 18. juni 2004 nr. 53
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

#### Utenlandske lover:

- |                                  |   |
|----------------------------------|---|
| Retsplejeloven                   | Retsplejeloven av 28. mars 2001 nr. 216<br>(retsplejeloven) [Danmark]       |
| Lov om ændring af retsplejeloven | Lov om ændring av retsplejeloven av 5. mars 2006 nr. 279 [Danmark]          |
| Upphovsrättlagen                 | Lag om upphovsrätt til litterära och konstnärlige verk (1960:729) [Sverige] |

## 14.2 Forarbeider

### Norske forarbeider:

St.prp.nr.65 (1993–1994) Om resultatet av Uruguay-runden (1986–1993) og om samtykke til ratifikasjon av Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (WTO) m.m.

Innst.O.nr. 66 (2003–2004) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)

Ot.prp.nr. 51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot.prp.nr. 33 (2003–2004) Om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)

Ot.prp.nr. 6 (2003–2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Ot.prp.nr. 64 (1998–1999) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)

NOU 2003:12 Ny konkurranselov

NOU 2001:32 Rett på sak

### Svenske forarbeider:

Prop. 1998/99:11 Ny skyddåtgärd vid immaterialrättsintrång

### Danske forarbeider:

Betænkning nr. 1385 (2000) Bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder m.v.

### 14.3 Dommer

#### **Høyesterettspraksis:**

Rt. 1936 s. 977 HRK

Rt. 1970 s. 1277

Rt. 1986 s. 1149 HRK

Rt. 1987 s. 424

Rt. 1992 s. 64

Rt. 1994 s. 932 HRK

Rt. 1997 s. 703 HRK

Rt. 1998 s. 484 HRK

Rt. 1998 s. 1624 HRK

Rt. 2000 s. 85 HRK

Rt. 2000 s. 1261 HRK

Rt. 2004 s. 1308

Rt. 2006 s. 146 HRK

Rt. 2006 s. 626

#### **Underrettspraksis:**

LB-2005-59502

TAHER-2006-184362

#### **Menneskerettsdomstolen:**

Chappell vs. United Kingdom, Strasbourg, 30. mars 1989, application no.10461/83

Niemietz vs. Germany, Strasbourg, 16. desember 1992, application no. 13710/88

Buck vs. Germany, Strasbourg, 28. mars 2005, application no. 41604/98

#### **Engelske dommer:**

Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd. 1976, Ch 55, CA



#### 14.4 Litteratur

##### **Bøker:**

Falkanger, Thor, Hans Flock og Thorleif Waaler *Tvangsfullbyrdelsesloven kommentarutgave Bind II* 3.utg. Oslo, 2002

Hov, Jo *Rettergang I Sivil- og straffeprosess* Oslo, 1999

Hov, Jo *Rettergang II Straffeprosess* Oslo, 1999

Hov, Jo *Rettergang III Sivilprosess* Oslo, 2000

Hoyle, Mark S. W. *Freezing and search orders* 4.utg. London, 2006

Ough, Richard N, and William Flenley *The Mareva injunction and Anton Piller Order, Practice and Precedents* 2.utg. London, 1993

Schei, Tore *Tvistemålsloven Bind II* 2.utg. Oslo, 1998

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål* 2.utg. Oslo, 2001

##### **Artikler:**

Andoh, Benjamin. *The search order and the privilege against self-incrimination*. I: Business Law Review (UK) 1. januar 2005

Karnell, Gunnar *Föregripande skydd – internationalisering av system med civilrättslig husrannsakan inaudita altera parte*. I: Tidskrift for Nordisk Immateriellt Rättsskydd. Årg. 66 (1997) s. 315-323.

Ryssdal, Anders *Konkurransesprosessen*. I: Jussens Venner. 2003 nr. 3 s. 187-195.

#### 14.5 Traktater

- EMK: Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950
- TRIPS: Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights, 1. januar 1995
- WTO: Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (World Trade Organization), 15. april 1994

#### 14.6 Direktiver

- EP/Rdir 2004/48 EØF Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2004/48EF av 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheter.

